P. DE MEYER
BOEKBINDER-RELIEUR
TICHELRIJ 13
GENT

UNIVE NT

Rheinisches Museum

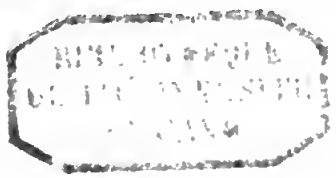
für

Jurisprudenz.

Herausgegeben

von

F. Blume, J. C. Hasse, G. F. Puchta
und Ed. Puggé.



Zweiter Jahrgang.

Bonn,
bei Eduard Weber.
1828.

1340.8

Digitized by Google

Inhalt des zweiten Jahrgangs.

Seite

Wie werden die Früchte der Dos aus dem letzten Jahre, beim Schluß der Ehe zwischen dem der dieselbe zurückzufordern, und dem der sie zurückzugeben hat, vertheilt? von Hasse 1

Bemerkungen über das juristische Wörterbuch des B. Brissonius, so wie über die Vorarbeiten und spätern Ergänzungen desselben; von Herrn Geheimen Justizrath und Professor Dirksen in Königsberg 42

Kann das, was juristisch Dos heißt, bey einer Ehe mit Conventio in manum Statt finden? von Hasse 75

Rechtsgeschichtliche Bemerkungen, von Puggé 87

Fortsetzung 292

Ueber die Reden der römischen Kaiser und deren Einfluß auf die Gesetzgebung, von Hrn. Gh. J. R. u. Prof. Dirksen in Königsberg 94

Ueber Gellii noct. att. Lib. X. cap. 23. von Hasse 106

Bemerkungen in Nebenstunden, von Herrn Prof. Heffter . 112

Ueber die usucapio pro herede, von Herrn Doctor Arndts in Bonn 125

Ueber Erbvertrag, Vertrag über fremde Erbschaft, Schenkung Todes halber und wechselseitiges Testament, von Hasse 149

Fortsetzung 300

Ueber den neuesten Zustand der Jurisprudenz in Portugal, von Blume 242

Seite

Ueber die expressa causa bey der Eigenthumsklage und deren Einfluß auf die Exceptio rei judiciatä, von Puchta . . 251

Zur Pandektenkritik (erster Beitrag), von Blume 271

Ueber einige byzantinische Rechtscompendien des 9ten und 10ten Jahrh. (Großentheils nach handschriftlichen Quellen.) Von Herrn Professor K. Witte in Breslau 275

Azdingi. Von Herrn Dr. Maßmann in München. Mit einem Zusatz von Herrn Prof. Heffter 367

Ueber die Abschließung eines Contracts durch Briefe, von Hasse 371

Miscellen, von Puchta 383

Zur Pandektenkritik (zweiter Beitrag), von Blume 388

Ueber eine juristische Bibliothek und die Preise juristischer Bücher im XIV. Jahrhundert, von Demselben 390

Ueber den Beweis der Servituten-Ersitzung, von Hasse . . 394

Ueber das Cincische Gesetz, von Herrn Professor Unterholzner in Breslau 436

Wie werden die Früchte der Dos aus dem letzten Jahre, beym Schluß der Ehe zwischen dem der dieselbe zurückzufordern, und dem der sie zurückzugeben hat, vertheilt?

Von Hasse.

Vorwort und Einleitung.

§. 1. In einem akademischen Festprogramme dieses Sommers habe ich eine litterärische Einleitung zur Beantwortung dieser praktisch so sehr als theoretisch interessanten Frage mitgetheilt, indem ich zu zeigen gesucht habe, daß alle bisher gemachten Versuche von der natürlichen und lange von der Mehrzahl auch der praktischen Juristen angenommenen Auslegung der L. 7. §. 1. D. solut. matr., die hier die Hauptstelle ist, abzuweichen, und eine von der dort wirklich vorgetragenen Papinianischen Berechnungsart unterschiedene aufzustellen, keinen dauerhaften Beyfall verdiene. Dieß konnte den Vortheil haben, daß ich nun bey Entwicklung meiner Ansicht und bey der zum voraus beabsichtigten Rechtfertigung der wailand communis Doctorum opinio, oder vielmehr der Meinung Papinians und Ulpians, jene widerlegende Kritik als abgethan und zurückgelegt ansehn durfte. Allein da jenes Programm nicht in den Buchhandel gekommen ist, so kann es nicht vermieden werden, erstan das Wesentliche daraus zu

wiederholen, nur wie dort in das widerwärtige Detail aller der sonderbaren und zum Theil sehr ungereimten Meinungen einzugehen, wird uns dießmal wohl gerne erlassen werden. Weswegen ich nur noch von einer wailand vulgaris opinio sprechen darf, habe ich dort schon erwähnt, es haben sich nämlich, seitdem Schrader's Dissertation *) über diesen Gegenstand erschienen war, die neueren Lehr- und Handbücher, so viel ich deren eingesehn, stillschweigends oder ausdrücklich für dessen Ansicht entschieden, und diese steht bekanntlich in Widerspruch mit dem bis dahin herrschenden Lehrbegriff. Was in jener Gelegenheitsschrift gegen die Schrader'sche Vorstellung der Sache gesagt worden, darf daher auch am wenigsten hier übergangen werden. Es ist nun zwei und zwanzig Jahre her, daß die erwähnte Schrift dieses von Allen, welche redliche von Effektsucht freie Wahrheitsforschung lieben, hochgeachteten Gelehrten erschien, und es ist mir gänzlich unbekannt, ob die Ueberzeugung, welche Er in jüngeren Jahren hegte, noch jetzt die seinige ist. Dieser Umstand aber wird es uns beiden möglich machen, die Schrift als das Werk eines Dritten zu betrachten, und so in einen gänzlich unbefangenen Gedankenwechsel darüber zu treten, ein Ereigniß, was für mich nur sehr ermunternd und belehrend ausfallen könnte. Es ist jedoch nur Abtragung einer Schuld, wenn hier wiederholt bemerkt wird, daß sie bey weitem die beste dieses Inhalts ist, welche jemals gegen — Papinian, darf ich wohl sagen, geschrieben worden ist, und daß sie an Fleiß und Sorgfalt in Behandlung des Stoffs nichts zu wünschen übrig läßt. Sie sucht am Ende die Aufgabe mathematisch künstlich zu lösen, und der Verfasser derselben glaubte, daß die bisherigen Irrthümer nur daher rührten, daß man nicht Mathematik genug verstand. Allein der Hauptirrthum, den er bekämpft, war dann auch ein Irrthum Papinian's, der gerügte Mangel hatte dann auch ihn auf falsche Pfade ge-

*) De divisione fructuum dotis commentatio. Helmstad. 1805. 4.

führt, und den Ulpian, der seine Meinung referirt und billigt, nicht weniger; und wenn der Verfasser nun, wie ich mich überzeugt halte, um dieser Consequenz zu entgehn, den Worten des römischen Juristen eine andre Meinung unterlegt, als sie natürlicher Weise haben können, so kann uns das nicht über jene unangenehme Entdeckung beruhigen. Man darf aber auch nicht geneigt seyn, sich dieser hinzugeben, da es schwer ist zu glauben, daß Männer, die das wirkliche Recht so ganz durchdrungen hatten, wie Papinian und Ulpian, in deren Geiste es so lebendig abgedrückt war, sich über ein so häufig wiederkehrendes Rechtsverhältniß so auffallend sollten geirrt haben, wenn ihnen auch vielleicht keine große Uebung in mathematischen Constructionen zu Hülfe kam. Die Erfahrung wird wohl wenigen, die mit juristischen Gegenständen umzugehen wissen ausbleiben, daß, wo es was zu rechnen gibt, man die Proportionen oft schon richtig anschaut und sich herausfühlt, ehe sie nach streng mathematischer Methode auf Zahlenverhältnisse reducirt worden sind. Ja ich wage es zu behaupten, daß der juristische Takt voran seine Dienste muß gethan haben, wenn man nicht durch ein zu lebhaftes Wohlgefallen an einer mathematisch glücklichen Lösung über den eigentlichen Gegenstand will hinweggeführt werden; denn die Mathematik angewandt auf juristische Objecte, soll ja nicht die rechtlichen Verhältnisse schaffen oder verändern, sondern sie soll lediglich zur Aufklärung derselben durch die ihr eigne Kunst behülflich seyn, und je weniger sie hier über das rechte Maaß hinaustritt, je willkommner und nützlicher wird ihre Hülfe seyn. Indeß war es dießmal keinesweges Verliebtheit in die Lösung eines mathematischen Exempels, was den Verfasser von dem, was wir für den rechten Weg halten müssen, entfernte; dieß ist daraus erkennbar, daß er selbst, wie schon in einem Programm erwähnt worden, eine dritte Berechnungsart, die ungemein einfach ist, und am wenigsten der Algebra bedarf, für die beste, gleich-

ſam für die ideale hielt, von der man nur durch die nicht ganz zu unterjochenden Worte Papinians hinweggedrängt wird. Die angenommene Idealität dieſer Berechnung, deren juriſtiſchen Werth wir in der Folge näher beleuchten wollen, führt mich noch auf das letzte Vorwort. Es ſey mir nämlich nur noch erlaubt zu bemerken, daß dieſe Unterſuchung, ſo klein ihr Umfang und ſo ſehr ſie zunächſt auf römiſche Quellen gerichtet iſt, doch nicht ganz ohne anderweitiges und ſelbſt legislatives Intereſſe iſt, deswegen, weil der hier behandelte Rechtsſtoff das Eigne hat, daß er ſich auch rein poſitiv gar nicht auffaſſen und bilden läßt, ohne daß man die darüber vorhandenen Beſtimmungen römiſcher Geſetze einer freien Kritik unterwirft: das Vorurtheil, die Papinianiſche Berechnung ſey abſolut unvernünftig, iſt es grade geweſen, was in ein Labyrinth von Irrthümern hineingelockt hat.

§. 2. Das Erſte, wornach wir nun hier zu ſehen haben, um unſre Frage gehörig beantworten zu können, iſt, was unter dem letzten Jahre zu verſtehen ſey? Darüber iſt es leicht, uns aus dem römiſchen Recht genau zu belehren. Nicht etwa ein Kalenderjahr vom 1ſten Januar bis wieder zum 1ſten Januar iſt hier gemeint. Auch wird nicht eigentlich vom Tage des Anfangs der Ehe gerechnet, ſo daß alſo wenn die Ehe am 1ſten Mai angefangen hätte, ſie auch, wenn das letzte Jahr rein ausgelaufen ſeyn ſollte, am letzten April beendigt ſeyn müßte; denn es kann ſeyn, daß die Dos dem Manne erſt viel ſpäter beſtellt worden, und da kann unmöglich jener Tag, der mit der Dos nichts zu thun hat, der entſcheidende ſeyn. Noch ferner kann auch der Tag der Beſtellung der Dos nicht durchaus entſcheiden, denn dieſe Beſtellung kann auch durch Verſprechen geſchehen *), und dadurch wird nicht die Sache, die doch die Früchte hergeben ſoll, zur

*) Des Verfaſſers Güterrecht der Ehegatten B. 1. §. 74.

Dos *). Endlich kann auch die Hingabe der Sache, von deren Früchten die Frage ist, z. B. eines Grundstücks, damit der Mann eine Dos daran haben möge, nicht allemal den Anfangstag bestimmen, sondern nur dann, aber dann auch immer, wenn die Uebergabe zum Genuß in der Ehe, nachdem diese schon angefangen hat, oder indem diese anfängt, geschieht; geschah sie vor dem Anfang der Ehe, so entsteht doch erst eine Dos so wie die Ehe beginnt, und percipirt der Mann Früchte ehe dieß erfolgt ist, so gewinnt er diese noch nicht, da er noch keine Onera matrimonii trägt, indem er sie aber doch erwirbt, so werden sie mitsammt der Sache selbst, wozu sie gehören, Dos, und müssen am Schluß der Ehe, wenn ein Restitutionsfall eintritt (versteht sich als fungible Sache in gleicher Quantität und Güte, also wie ein Capital, von dem der Mann während der Ehe die Zinsen genießt) zurückgegeben werden. Also um es kurz zu sagen:

> Der Zeitpunkt, wo Ehe und wirkliches Hingeben der Dos zusammentreffen, wo mithin die fruchttragende Sache selbst dotal wird, bestimmt den Anfang des Jahrs.

Dieser Anfangspunkt wird nun durch die ganze Dauer der Ehe hindurchgezogen, so daß das letzte eben da anfängt, wo das erste. Ein solches letztes Jahr kann nun aber von dem Schluß der Ehe durchschnitten werden, es kann aber auch das Ende der Ehe mit dem Ende des Jahrs zusammentreffen, das erstere muß aber natürlich der bey weitem häufigste Fall seyn **).

§. 3. Da es meistens sich zuträgt, daß die Dos gleich bey Eingehung der Ehe, und nicht früher oder später, und zwar

*) Nur kann freilich mora solvendi verursachen, daß als tradirt angesehen wird, was es noch nicht ist.

**) L. 5. 6. D. solut. matrimon. verglichen mit L. 7. §. 1. D. de iure dot.

durch Datio beſtellt wird, ſo daß alſo Ehejahr und das eben bezeichnete Dotaljahr eins ſind, ſo wird dieß Zuſammentreffen in den Fragmenten, die hiervon handeln, oft ſtillſchweigends vorausgeſetzt. Um dieſelbe Bequemlichkeit zu genießen, werden wir dieß in dem Folgenden, wo es kein Mißverſtändniß erregen kann, auch thun. Dieſes Ehe- oder Dotaljahr, was man in dieſer Verbindung auch das juriſtiſche Jahr nennen kann, kommt dann wieder in einem neuen Gegenſatz zu ſtehn mit dem natürlichen Jahr oder dem Fruchtjahr, d. h. der Zeit, worin die Früchte allmählig heranwachſen und endlich geerntet werden, welche dann aber zuweilen auch ein Halbjahr, ein Doppeljahr, ein Fünfjahr u. ſ. w. ſeyn kann *), die wir aber allgemein mit dem Namen Fruchtjahr bezeichnen können.

§. 4. Denn fragen wir weiter, welche Früchte zu dieſem Ehejahr zu rechnen ſind, ſo können es drey Momente ſeyn, welche zu berückſichtigen ſind: 1) ob ſie in dem Jahre gezogen wurden (curabantur), 2) ob ſie darin geerntet wurden (percipiebantur), und 3) ob ſie darin ſtanden, am Stock, Halm, Baum hingen (stabant, pendebant fructus).

Für die natürlichen Früchte, welche eine Dotalſache hervorbringt, mögen ſie nun durch Kunſt (industria) oder ohne dieſe gewonnen werden, können juriſtiſche oder in einem andern Sinn künſtliche Früchte (fructus civiles) vom Manne ungehindert an die Stelle geſetzt werden. So wie er ein Capital auf Zinſen belegen kann, darf er regelmäßig auch fruchttragende ſo gut als nicht fruchttragende Sachen verpachten. Und ſo kann hier ein drittes Jahr zum Vorſchein kommen, nämlich ein Pachtjahr, was weder mit dem Ehejahr, noch immer, obgleich meiſtens, mit dem Fruchtjahr in eins zuſammenfällt.

§. 5. Fragt man nun endlich, wie ſind die zu einem ſolchen Jahr gehörigen Früchte zu theilen zwiſchen Mann

*) L. 7. §. 6—8. D. solut. matr.

und Frau, oder wer es ſonſt iſt, der zu fordern und zu leiſten hat, wenn es nämlich überhaupt zur Theilung kommt? ſo ergibt ſich leicht aus dem vorigen, daß hier eine zwiefache Operation vorkommen kann, die man dann wohl unterſcheiden muß, 1) die Bildung der Theilungsmaſſe, womit grade das gegeben iſt, was zu dem Jahre an Frucht gehören ſoll, und 2) der Maaßſtab, wornach dieſe Maſſe zu vertheilen iſt.

§. 6. Noch iſt voraus zu bemerken, daß der Fall der Scheidung (divortium) oft repräſentativ von den röm. Juriſten gebraucht wird; nicht etwa, wie man es ſchon genommen hat, für alle Fälle der Auflöſung der Ehe, das konnte wenigſtens urſprünglich nicht der Sinn ſeyn, da nach dem Recht, worüber jene ſchrieben, in vielen dieſer Fälle der Mann die Dos behielt, ſondern nur für alle Fälle, wo eine Reſtitution nöthig wird. Da nämlich Scheidungen bey den Römern in jener Zeit nichts ſeltenes waren, der Erbe der Frau aber, wenn ihr Tod die Ehe trennte, die Dos vom Manne nicht fordern konnte, ſo iſt dieſer Sprachgebrauch leicht erklärlich. Im Juſtinianiſchen Recht hat er aber allerdings etwas unnatürliches.

I. Entwicklung des Inhalts der L. 7. §. 1—4. D. solato matrimonio.

§. 7. Wir wollen hier die Worte der L. 7. §. 1., indem wir die §§. 2—4 gleich dazu nehmen, mit einer möglichſt treuen Ueberſetzung zur Seite, voranſtellen; was als Umſchreibung und Erläuterung in den Text kommt, ſoll durch beſondern Druck unterſchieden werden.

L. 7. solut. matr. Ulpianus lib. 31. ad Sabinum.

§. 1. *Papinianus* autem libro undecimo Quaestionum, divortio facto fructus dividi, ait, non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit. Neque enim si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex Kalendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Januarii suprema die facto divortio, retinere virum et vindemiae fructus, et eius anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis aequum est; alioquin si coactis vindemiis, altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque si in fine mensis Januarii divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.

§. 2. E contrario quoque idem observandum est. Nam si mulier percepta vindemia statim fundum viro in dotem dederit, et vir ex Kalendis Martiis eundem locaverit, et

§ 1. Papinian (Quaest. lib. 11.) lehrt, bey der Theilung der Früchte nach erfolgter Scheidung müsse nicht vom Tage der Verpachtung an gerechnet werden, sondern es müsse die Zeit vorher, während welcher die Frau noch in der Ehe lebte, berücksichtigt werden. Denn gesetzt, der Fundus wäre zur Zeit der (grade bevorstehenden) Weinlese zur Dos gegeben worden, und der Mann hätte ihn am ersten November verpachtet, und die Scheidung erfolgte nun am letzten Januar, so kann doch der Mann nach aller Billigkeit nicht die Weinlese und den vierten Theil des Pachtzinses dazu behalten; sonst müßte, wenn nach gemachter Lese gleich am Tage darauf die Scheidung geschähe, der Mann die ganze Frucht behalten. Erfolgte also die Scheidung am Ende Januars, und die Ehe hatte dann vier Monath gestanden, so muß nun die Frucht der Weinlese mit dem vierten Theil von dem Pachtzins des bevorstehenden Jahres zusammengeworfen werden, und von dieser Masse wird dann dem Manne der dritte Theil gelassen.

§. 2. Umgekehrt ist dasselbe zu beachten. Denn wenn die Frau, nachdem sie den Wein erst selbst gelesen hatte, gleich darauf dem Manne das Grundstück zur Dos gab, und nun der Mann dasselbe

Kalendis Aprilibus primis divortium fuerit secutum, non solum partem duodecimam mercedis, sed pro modo temporis omnium mensium, quo dotale praedium fuit, ex mercede quae debebitur (al. debebatur) portionem retinebit.

am ersten März verpachtete, am ersten April aber die Scheidung erfolgte, so behält der Mann nicht etwa nur den zwölften Theil der (Jahres) Pacht, indem nur so viel noch von der Ehe in das Pachtjahr fiel, sondern er behält von dem ganzen (Jahres) Zins, den der Pachter wird zu bezahlen haben, seinen Theil nach Verhältniß aller Monathe, worin das Grundstück noch dotal war, d. h. nach dem Maaß, als Monathe durch die Scheidung von dem letzten Dotaljahr rückwärts abgeschnitten worden sind.

§. 3. Item si messes eius anni, quo divortium factum est, colonum ex forma locationis sequantur, ante vindemiam soluto matrimonio, nihilo minus pecunia messium in computationem cum spe futurae vindemiae veniet.

§. 3. Gleichfalls wenn die Kornernte des Jahrs, in welches die Scheidung fällt, von einem Pachter bezogen wird, die Weinernte aber zur Zeit der Scheidung noch nicht angefangen hat, so werden nicht anders Kornzins und bevorstehende Weinlese zusammengerechnet und bilden die Theilungsmasse.

§. 4. Apparet igitur ex his, illos fructus, quos mulier percepit antequam nuberet, non debere in contributionem venire *).

§. 4. So viel ist hiernach klar, daß solche Früchte, die die Frau vor der Hochzeit percipirte, gar nicht zur Theilung kommen.

*) Weder die Basiliken XXVIII. 8. 7. noch die Scholien dazu gewähren einige Aufklärung. In der Glossa vulgaris ist alles so verstümmelt, daß sich eine reine vollständige Meinung nicht herausbringen läßt. Am Ende wird jedoch angedeutet, es würden in dem Fall des §. 1. nicht eigentlich die Früchte zweier Jahre zusammengeworfen, auch nicht pro parte, denn das Jahr, worauf es ankomme, bleibe einfach, nämlich als Dotaljahr („annus a die traditae vineae"), und diesem Jahre würde nur mehr Frucht zugeworfen, als andern Jahren zukäme: „perinde habetur, ac si iste annus esset fertilior altero."

Wie weit hier die Worte Papinians reichen, ist nicht genau ersichtlich, vermuthlich aber fängt Ulpian erst mit den Worten: apparet igitur (§. 3) wieder selbst an zu reden. Papinian aber wollte zunächst die falsche Vorstellung widerlegen, als komme es jemals auf den Anfang des Pachtjahrs an, welches von der Trennung durchschnitten wird, als sey dieß das letzte Jahr, von dem dem Manne so viel zu Gute gerechnet würde, als davon noch in die Ehe falle *). Es soll vielmehr immer auf das Dotaljahr und dessen Anfang gesehen werden, indem Papinian voraussetzt, daß es mit dem Ehejahr grade zusammenfalle. Dieß wird an zwey Fällen demonstrirt, die sich in so fern entgegengesetzt sind, als im ersten (§. 1.) der Anfang des Dotaljahrs an den Schluß der Ernte und im letzten (§. 2.) vor den Anfang derselben fällt, dort wird der Weinberg voll reifer Trauben dem Manne gegeben, hier ganz von Trauben geleert. Dabey wird ferner als entschiedene Regel vorausgesetzt, daß das, was vor dem Anfang des letzten Jahres percipirt ist, niemals in dasselbe, und also niemals auch in die Theilung hineingezogen wird. Daraus würde nämlich, sobald man das Pachtjahr als das letzte Jahr gelten ließe, für den ersten Fall folgen, daß der Mann die ganze Weinlese und dann noch so viel Monathe Pacht behielte als vor die Scheidung fielen, ja es würde folgen, daß er die ganze Weinlese behielte, wenn er auch schon an dem auf diese folgenden Tage sich schiede, denn ob er an diesem schon gleich wieder verpachtet hätte, oder nicht, könnte ja keinen Unterschied machen: bevorstehendes Pacht- und neues Fruchtjahr müssen sich hier ja gleich stehen; für den zweiten Fall würde, wenn man buchstäblich auf das Pachtjahr sehen wollte, folgen, daß wenn der Mann nicht gleich beym Anfange des neuen Frucht-

*) Zu einer solchen Berechnung hatten sich vielleicht Einige dadurch verleiten lassen, daß so oft Pacht- oder Fruchtjahr und Dotaljahr in eins zusammenfallen, so daß dem Manne das leere Feld in dotem gegeben wird, und er nun gleich verpachtet, oder auch selbst bewirthschaften will. Die Berechnung war dann in concreto richtig, aber sie war in dem Princip, was man angewandt hatte, falsch.

jahrs, welches hier mit dem Anfang des Ehe- und Dotaljahrs zusammenfällt, verpachtete, sondern erst einige Monathe später, diese ganze Zeit der Ehe ohne Frucht bliebe, indem nun erst vom Augenblick des Pachtkontracts an bis zur Scheidung gerechnet würde. So wie in dem ersten Fall die ganze Weinernte ihm verbleiben müßte, weil sie vor das letzte nämlich das Pachtjahr fiel, so dürften ihm auch in dem zweiten die leeren Monathe nicht zu gut gerechnet werden, da sie eben wohl dem letzten Jahr, nämlich dem Pachtjahr vorangingen; und so würde der Mann offenbar dort viel zu viel, hier viel zu wenig erhalten.

§. 8. In beiden Fällen, wie sie vorgelegt sind, war das erste Dotal- und Ehejahr auch das letzte, indem die Scheidung dasselbe durchschnitt.

Auf dieses erst-letzte Jahr soll nun allein gesehen werden, aber wie? Eine Ernte, die vor demselben gemacht wurde, kommt gar nicht in Betracht, daher braucht in dem letzten Falle (§. 2) die Frau die von ihr vor der Dotation vollzogene Weinlese nicht in die Theilungsmasse zu bringen. Diesen Schluß zieht Ulpian selbst in §. 3. Allein wo eine solche Ernte vorherging, da müssen doch die Ehe-Monathe, welche leere Felder oder unreife hängende Früchte hatten, mit reifen bedacht werden, wenn diese auch in ihnen nicht geerntet werden konnten. Daher wird auf das mit leeren Feldern anfangende Ehe- und Dotaljahr ein volles Fruchtjahr mit seinen Ergebnissen gelegt, Getraide aber und Weinertrag werden in Eins gerechnet (confunduntur vindemia et messes könnte man das füglich nennen, ohne an einen medius proventus zu denken, so wie das Ergebniß grade ist, der volle Ertrag beider wird zusammengeworfen), ist eins verpachtet, so wird das Pachtgeld, welches ein Surrogat des Fruchtertrags ist, mit dem Andern zusammengeschlagen. Diese Frucht des vollen natürlichen Jahrs von dem ganzen Grundstück, welches vielleicht auch Oliven trägt, was denn ebenfalls dazu kommt,

bildet hier die Theilungs-Masse, und von dieser fällt so viel auf den Theil des Mannes, als die Ehe noch Monathe des letzten Dotaljahrs bis zur Scheidung gedauert hat.

Davon sprechen nun §. 2 und 3 und gegen diese Vertheilung läßt sich nichts auch nur scheinbar Verständiges einwenden.

§. 9. Wie ist es nun aber in dem Fall des §. 1. wenn die Ernte den Anfang des erst-letzten Dotaljahrs bildet? Eine Weinlese gibt hier nur das Beyspiel, es könnte auch eine jährige Kornernte seyn, da denn nur aber der Monath verändert werden müßte. Daß in diesem Paragraphen lediglich von einem zur Dos gegebenen Weinberg, nicht von gemischten Feldern, die Rede sey, ist ganz klar, und die dieß anders verstanden, haben offenbar Unrecht. Allein daß, wie die Schrader'sche Dissertation *) meint, das Lesen der Trauben den ganzen October von Anfang bis zu Ende durchgedauert habe, ist nicht nöthig. Nur am 1. October war schon Ehe und Dos, und innerhalb des Octobers ward die Ernte vollendet, und am 1. November, wo decidirt das neue Fruchtjahr anfing, ward verpachtet. Hier sagt der Jurist:

> die ganze Weinlese und die drey Monath neues Fruchtjahr, und da grade eine Verpachtung vorausgesetzt wird, die mit diesem Fruchtjahr zugleich anfing, die drey Monath Pacht, welche noch vor die Scheidung fielen, sollen zusammengeworfen die Theilungsmasse ausmachen oder mit andern Worten, sollen zusammen die Summe bilden, welche, als zum erst-letzten Dotaljahr gehörige Frucht, zwischen Mann und Frau zu

*) Mit Berufung auf Varro de R. R. L. I. 34. §. 2. Nur einpaar Tage möge der Jurist nicht beachtet haben. Allein Varro sagt ja nur innerhalb der von ihm bezeichneten Zeit müsse gelesen werden, womit niemand gehindert werden soll, seinen kleinen Weinberg in drey Tagen rein zu lesen, wie es nach aller Erfahrung so oft geschieht. Das Verhältniß der Menge der Leser zu der Größe des Fundus bestimmt ja dieß.

theilen iſt, (»vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt«). Der Maaßſtab aber, wornach dieſe Theiluug geſchehen muß, ſoll durch die ganze Dauer der Ehe gegeben werden: ſo viel Monathe als von dem erſt-letzten Dotaljahr vor die Scheidung fallen, alſo hier vier Monathe (vom 1. October bis zum 1. Februar, die Scheidung geſchah Ende Januar) ſollen den Theil des Mannes bilden, (»ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur«). Alſo der Mann bekommt $^1/_3$, die Frau $^2/_3$ von der Weinleſe zuſammt $^1/_4$ der Pacht.

III. Kritik der Neueren.

§. 10. Dieß iſt der klare, bey unbefangenem Blick unverkennbare Sinn des Paragraph 1., wie er nun ganz entfaltet vor uns liegt, aber freilich dieß erſcheint anfangs als unverträglich mit dem Paragraph 2. In dieſem wird ein reines Fruchtjahr auf das Dotaljahr gelegt, und bildet die Theilungsmaſſe, in jenem geſchieht das aber nicht, da die Weinleſe ſchon allein ein ganzes Fruchtjahr iſt. Es iſt das keinesweges, wie Schrader glaubte, gegen den Grundſatz, daß die Früchte des letzten Jahres, des Jahres, welches von der Scheidung getroffen wird, nach Verhältniß der Dauer der Ehe in demſelben, zwiſchen M. und Fr. zu theilen ſind, mit welchem Grundſatz es an ſich vollkommen ſeine Richtigkeit hat *), ſondern es werden hier nur mehr Früchte zu dieſem juriſtiſchen Jahr gerechnet, als wenigſtens das erſte der beiden natürlichen Fruchtjahre, nämlich die Weinleſe für ſich austrug, denn dieſe ganz mit einem Theil der Pacht bildet die Frucht des erſt-letzten Jahrs, und dieſe Frucht wird ganz regelmäßig pro rata temporis getheilt. Das Juriſtiſche hat hier alſo vollkommen ſeine Richtigkeit,

*) L. 11. D. solut. matr. L. 78. §. 2. D. de iure dot. Paulus rec. Sent. II. 22. §. 1.

und das Auffallende liegt hier bloß in dem Verhältniß deſſelben zu dem Natürlichen, nämlich zu dem Ertrag der beiden Jahre, die hier concurriren. Es bilden hier nämlich fünfzehn natürliche Monathe gleichſam ein juriſtiſches Jahr, das heißt aber nur, ihr Fruchtertrag an Wein und Pacht wird auf ein juriſtiſches Jahr gelegt, ſo daß 4 Monathe deſſelben den Fruchtertrag von fünf natürlichen Monathen an ſich heranziehen. Was dieß für einen Grund habe, konnte man nicht errathen.

§. 11. In ſteigender Progreſſion ſcheint auch dieſes Mißverhältniß immer zuzunehmen. Der Scheidungstag ſchneidet hier die Pachtmonathe ab, um mit der Vindemia vereinigt zu werden. So wie dieſer weiter fortrückt, ſchneidet er mehr ab, und wird er bis ans Ende des erſt-letzten Jahrs geſchoben, ſo fallen elf Monath Pacht in die gemeinſame Kaſſe, denn einen Monath hat nur die Weinleſe für ſich, und ſo bekommt dieſes eine Ehejahr ſtatt $\frac{12}{12}$ Frucht, $\frac{23}{12}$ Frucht. Dieß ſcheint nun vollends ungereimt, und ſo erhält dieß immer mehr das Anſehn einer juriſtiſchen Künſtlichkeit, die mit dem natürlichen Verhältniß im Widerſpruch ſteht.

§. 12. Dieſer Anſchein frappirt zu Anfang einen jeden, und Einige, denen ihr natürlich guter Sinn verwehrte die natürliche Auslegung zu verlaſſen, haben ſich bewogen geglaubt, das Geſetz als ein ius singulare zu behandeln, und die Berechnung auf den Fall, wie er da vorgetragen, rein und buchſtäblich zu beſchränken, um den Unſinn nicht weiter auszudehnen, als grade dringend nöthig ſey *). Dieß iſt nun aber freilich ein Verfahren, was gegen alle Regel der In-

*) So z. B. Pinellus var. resolut. lib. 1. c. 2. no 38. will gleich eine andere Berechnung angewandt wiſſen, ſobald auch nur der dies locationis ein andrer ſey; etwa auch wenn der Scheidungstag ein andrer ſey? etwa auch ſobald ein Kornacker oder ſonſt eine fruchttragende Sache in Frage kommt? oder wenn ein Doppel- oder Fünfjahr in die Stelle tritt? Für dieſe letzten Fälle ſagt §. 7—9 derſelben Lex ausdrücklich, daß es nicht anders gehalten werden ſolle; alſo gewiß man wollte etwas Generelles aufſtellen.

terpretation verstößt. Weder Papinian in seinem Buch, noch Justinian in seiner Gesetzgebung, noch Ulpian, indem er die papinianische Demonstration in sein Werk aufnahm, wollten bloß einen einzelnen Fall entscheiden; sondern sie wollten eine richtige Regel damit ausweisen, und eine unrichtige damit zurückweisen. Alles was man daher thun könnte wäre, daß man die unerklärliche Regel so sehr als es seyn kann, zu beschränken suchte. Daß die Idee des Schriftstellers dahin ging, die Regel sollte immer angewandt werden, sobald die Jahres-Ernte, welche es nun auch seyn möge, in den Anfang des erst-letzten Ehe-Dotaljahrs falle, ist ganz deutlich. Also kann es keinen Unterschied machen, als nur den, daß die Regel selbst die Proportionen verändert, wenn der Scheidungspunkt vor- oder zurückgeschoben wird. Aber auch wenn die Verpachtung später angenommen wird, wird nichts verändert, denn die Pacht erscheint hier nur als Surrogat des neuen Fruchtjahrs, würde also diese auch erst am 1. Decemb. oder 1. Januar, statt am 1. November contrahirt, so würden doch immer so viele Zwölftel von der Pacht herbeyzuziehen seyn, als Monathe des neuen Fruchtjahrs, vom 1. Novbr., als der ersten Zeit nach der Ernte des alten Fruchtjahrs, angerechnet, noch vor die Scheidung fielen. Dieß zeigt die Vergleichung mit dem §. 2., der in diesem Punkt völlig analog ist, dieß zeigt der ganze Zusammenhang der Stelle, in welcher immer der Contracts-Tag an sich gänzlich indifferentiirt wird.

Aber so viel ließe sich wohl behaupten,

1) Daß, da hier immer ein erst-letztes Jahr vorausgesetzt werde, die Berechnung wegfalle und nicht übertragen werde, wenn Zwischenjahre der Ehe das erste und letzte Jahr trennten.
2) Daß da hier die Ernte an den Anfang des Dotaljahrs gelegt wird, nach einer andern Regel zu rechnen sey, wenn das Dotaljahr sie in die Mitte nähme, z. B.

am 1. August wird die Ehe geschlossen und mit dem Weinberg dotirt, der Mann macht im October die Lese, am letzten December, etwa nachdem am 1. Novbr. verpachtet worden, wird die Ehe getrennt.

Wir werden sehn, ob diese Beschränkung sich rechtfertigt, wenn man in den Grund der ganzen Bestimmung tiefer eindringt.

Von der natürlichen Auslegung der L. 7. §. 1. solut. matr. abweichende Berechnungsarten neuerer Juristen.

§. 13. Jetzt wenden wir uns noch erst zu denjenigen, welche die natürliche Auslegung ganz verlassen. Diese zweite Hauptklasse unsrer Juristen zerfällt aber in mehrere Unterklassen, wie in t Programme gezeigt worden, von denen wir gleich diejenigen als einer Widerlegung nicht werth (sie waren in dem Programme zuletzt gestellt) herausnehmen, welche noch nicht zufrieden mit dem, was Papinian an Frucht der beiden Jahre in die Theilungsmasse bringt, noch mehr hinzuthun und also auch den Mann noch reichlicher bedenken wollen *).

Wir wollen uns bloß mit denjenigen beschäftigen, welche den Mann für übermäßig bedacht, und die Theilungsmasse zu groß halten, sich eben deshalb eine andre Berechnungsart ausdenken, und mit den Worten Papinians mehr oder weniger vorsichtig zu vereinigen suchen. Da dieß nur auf sehr künstliche Weise möglich war, so begreift sich leicht, daß sie in der Ausführung wieder sehr auseinander gehen, denn wenn die Kunst einmal die Natur unterjocht hat, so sind die Wege mannigfaltig dieß zu beschönigen.

§. 14. 1. Duarenus **) steht an der Spitze derjeni-

*) *Fr. Trendelenburg* Diss. de iure fructuum imprimis post Augustum maturescentium in separat. Feudi ab allod. Bützow 1771. p. 28 — 49. — *Iulius Pacius* Lib. sing. ad novam Imp. Friderici constitut. pag. 91. sq. — *Henricus a Suerin.* Repet. lect. c. 22. (Otto thes. T. IV.) gehören dahin.

**) Disputat. annivers. Lib. I. c. 60. Enarrat. ad Dig. h. l.

gen, die jene ideale Meinung haben, die wir oben erwähnten und von der Schrader glaubte, daß ſie ſich dem Geſetzgeber durch ihre innre Güte empfehle. Es wird nämlich allemal der vollſtändige Ertrag eines Fruchtjahrs und nicht mehr über das letzte Ehejahr ausgebreitet, und wenn, wie hier, zwey Fruchtjahre concurriren, indem ein Theil des Ehejahrs in das eine, der andre Theil in das andre fällt, ſo wird verhältnißmäßig ſo viel von jedem in die Theilungsmaſſe aufgenommen, als grade von dem Ehejahr bis zur Scheidung gedeckt wird und das wird als der Theil des Mannes betrachtet; alſo in dem Papinianiſchen Exempel: $^1/_{12}$ von der Weinleſe für einen Monath Ehe, $^3/_{12}$ von der Pacht (oder Frucht des neuen Jahrs) für die drei übrigen Monath der Ehe, macht für vier Ehemonathe $^4/_{12}$ Frucht überhaupt. Theilungsmaſſe und Theilungsmaaßſtab werden [illegible]e alſo nicht geſchieden, ſondern ſind eins. Um dies nun mit den Worten auszuſöhnen, muß

a) »Ex ea pecunia« ſo verſtanden werden, als ſtünde da *constans* ex ea pecunia, was denn aber durch Cicero Verr. IV. 27 und ähnliche Stellen nicht gerechtfertigt werden kann, da dieß wohl als Abbreviatur des gemeinen Sprachgebrauchs, wo es von ſelbſt verſtändlich iſt, vorkommt, aber keineswegs willkürlich und in jedem Zuſammenhang angewandt werden kann. Als analog dem fehlerhaften Vorſchlag wurde im Programm angeführt, wenn man ſchreiben wollte: »dono tibi hanc domum ex decem his cubiculis,« oder »hunc fundum ex decem his iugeribus« für *constans* ex etc.

b) Es muß hier ſogar eine poetiſche Figur angenommen werden, totum pro parte, vindemia pro duodecima parte vindemiae; denn dieſe duodecima pars ſoll denn ja mit der quarta mercedis parte ($^3/_{12}$) die tertia portio des Mannes von dem einen zuſammengeſetzten Fruchtjahr bilden.

So weit trieb man hier die Sage von Papinians Kürze und ſeiner ſubtilen Schreibart. Schrader hatte vollkom-

men Recht, wenn er dieß als mit keinem Styl in der Welt verträglich ansah.

§. 15. 2. Eine andre besonders zahlreiche Partei hat den Ausweg eingeschlagen, daß die vindemia mitsammt der quarta portio mercedis, in Papinians Sinne keinesweges die Theilungsmasse bilden, sondern nur einen Vorrath angeben solle, woraus der Theil des Mannes durch eine andre Regel seine Bestimmung erhalte, nämlich daß er tertia annui proventus portio sey. Dieß ist nun weder den Worten, wie sie da doch stehen, gemäß, noch läßt sich sachlich ein verständiger Gedanke damit verbinden. Denn der vermeinte Vorrath (penus) kann doch weder als objectum executionis gelten, da offenbar das ganze Vermögen des Mannes für seine Restitutionsverbindlichkeit ein solches ist, noch kann er als Pfand gelten, da dieß nirgends gesagt ist, noch endlich kann er gleichsam als ein bestimmtes Waarenlager den speciellen Gegenstand bilden, woraus der Mann allein die Restitution schuldig ist, so daß also der casuelle Untergang dieses einzig verpflichteten Objects ihn gänzlich befreien würde; und doch sind dieß die einzigen Weisen, wie sich dieß noch in einen juristischen Gedanken fassen läßt. Allerdings haben sie sich dadurch recht freie Bahn geschaffen, denn sie können die tertia portio und den dazu gehörigen annuus proventus (die noch erst zu bestimmende Theilungsmasse) bilden wie sie wollen, wenn nur der Mann von irgend etwas — so sehr rechnete Papinian in seiner Kürze auf den ergänzenden Verstand der Ausleger — den dritten Theil bekam. Aber weder diese Freiheit kann ein solches Fundament, worauf jedes Gebäude zusammenstürzen muß, befestigen, noch der Mißbrauch derselben und die bunte Mannigfaltigkeit kann das Verfahren interessanter machen, daher es sich denn nicht lohnt die Nüancen hier wieder durchzugehen. *)

*) Zu dieser Musterkarte gehören vorzüglich *Alciatus* Paradoxa lib. 3. c. 1. (Op. T. IV.) *Corasius* Miscell. iur. civ. Lib. 5. c. 7.

§. 16. 3. Indem wir das, was unter der dritten Unterabtheilung im Programm vorkam, denn die Meinungen des Jo. Robertus *), und des Hugo Grotius **), welcher in den Schlußworten des §. 1. für »fructus« ganz willkürlich «dodrans fructus« lieſt, werden wohl Niemanden mehr verführen, überſpringen, und die noch kühnere Behauptung der beiden Cocceii ***) (dort unter 4), wornach dem Wort confundi der Sinn von absorberi beigelegt wird, ſo daß der Sohn die Vindemia von dem vierten Theil der Pacht, der Vater dieſen von jener verzehren und in ſich aufnehmen läßt, nur andeuten; gehen wir zu der Meinung über, welche der Schrader'ſchen Theorie zum Grunde liegt.

Darnach ſoll nämlich zwar allerdings eine Theilungsmaſſe aus der Vindemia und aus der Pacht zuſammengeſchoſſen werden, aber darauf ſoll noch erſtan aus dieſer ein Mittelertrag (medius proventus) herausgezogen, und dann erſt dieſer zwiſchen Mann und Frau getheilt werden. Connanus †) war ſchon viel früher auf dieſen Gedanken gekommen, und ſieht man noch erſt einmal von den Worten hinweg, und will es nun einmal ſo machen, ſo iſt ſeine Verfahrungsart, wie mich dünkt, die natürlichſte und die zweckmäßigſte. Es iſt hier nicht ein einfaches Fruchtjahr, was mit dem Dotaljahr zuſammenfällt, ſondern es iſt hier ein aus zwei Fruchtjahren zuſammengeſetztes Jahr, was für das Dotaljahr zugeſchnitten werden ſoll. Nun will man einen Mittelertrag aus dieſen beiden; ſo vereinigt man denn beide ganze Fruchtjahre, den Weinertrag des erſten, und

Colon. 1598. pag. 344. et in Oper. Witenb. 1603. op. Forst. T. 2. pag. 100. Auch in deſſelben Comment. ad P, h. 1. (op. T. 1.) — *Eguinardus Baro* de consuet. Feud. lib. 2. tit. 28. *Faber* coniect. iur. civ. lib. 1. c. 3. Vornämlich auch *Caimus* lucubrat. variae T. 1. p. 107.

*) In den *παιδανοις* c. 10. (Otto thesaur. T. 1.)

**) Florum Sparsio ad ius Iustin. ad L. 7. §. 1 D. solut. matr.

***) *Sam. de Cocceii* ius civ. contr. lib. 24. tit. 3. qu. 2. *Henr. de Cocceii* Diss. de proport. sect. 2. (exercit. cur.)

†) Comment. iur. civil. lib. 8. c. 10. n. 8.

die Pacht des letzten, halbirt dieſe vereinigte Summe, und giebt von dieſer Hälfte, die nun das Mitteljahr iſt, dem Manne ſo viel als Monathe von dem Ehe-Dotaljahr vor die Scheidung fallen, was darüber hinausfällt der Frau. So würde alſo in dem Papinianiſchen Beiſpiel wirklich der Mann $^4/_{12}$ eines ſo erzeugten Mitteljahrs bekommen. Aber freilich gegen die Worte der L. 7. §. 1. geht das ſchnurgrade an, denn auch nicht voran wird hier ganze Pacht und ganze Weinleſe, ſondern ganze Weinleſe und ein Viertel der Pacht vereinigt.

§. 17. Schrader modificirt dieß daher ſo: das Ergebniß der Weinernte wird mit den Monathen Pacht, welche die Scheidung abſchneidet (im Papiniani'ſchen Beiſpiel 3 Monath) zuſammengeſchlagen, dieſe Summe iſt auf ſo viel Monathe zu legen, als herauskommen, wenn man 12 Monath für die Leſe rechnet, und mit den Pachtmonathen addirt (alſo im Papinian. Beiſpiel auf 15 Mon.), und nun wird gefragt, wenn die Monathe (15 M.) ſo viel gaben, wie viel denn 12, und von der ſo gefundenen Zahl bekommt der Mann den dritten Theil.

So ſoll ein medius proventus für die 15 Monath, oder wie viel es nun ſind, aus dem Ertrag der beiden Jahre herausgezogen, gewonnen werden.

§. 18. Wir wollen hier eine Vergleichungstabelle für die hauptſächlichſten dieſer Berechnungen voran ſtellen, wobei einmal Leſe und Pacht gleich, das andre Mal die Leſe und dann wieder die Pacht größer angenommen wird. Es ſey mir erlaubt, das Reſultat der natürlichen Auslegung mit Papinian zu bezeichnen.

A. Weinleſe = 12. Pacht = 12.

Papinian: $\frac{12+3}{3} = {}^{15}/_{3} = 5$ der Mann erhält 5.

Schrader: 15 : 15 = 12 : 12; ${}^{12}/_{3} = 4$
oder kürzer gefaßt : 15 : 15=4 : 4 } der Mann erhält 4.

Duarenus: 1+ 3 = 4 . . . . . — — — 4.

Connanus: $\frac{12+12}{3} = {}^{12}/_{3} = 4$ . . . . . — — — 4.

B. Weinleſe = 12. Pacht = 6.

Papinian: $\frac{12+{}^{3}/_{2}}{3} = 4{}^{1}/_{2}$ . . . . . der Mann erhält $4{}^{1}/_{2}$

Schrader: $15 : 12{}^{3}/_{2} = 12 : 10{}^{12}/_{15}$; $\frac{10{}^{12}/_{15}}{3} = 3{}^{9}/_{15}$
oder $15 : 12+{}^{3}/_{2} = 4 : 3{}^{9}/_{15}$ } — — — $3{}^{9}/_{15}$

Duarenus: $1+{}^{3}/_{2} = 2{}^{1}/_{2}$ . . . . . — — — $2{}^{1}/_{2}$

Connanus: $\frac{12+6}{3} = {}^{9}/_{3} = 3$ — — — 3.

C. Weinleſe = 6. Pacht = 12.

Papinian: $\frac{6+3}{3} = {}^{9}/_{3} = 3$ . . . . . der Mann erhält 3.

Schrader: 15 : 9 = 12 : $7{}^{3}/_{15}$; $\frac{7{}^{3}/_{15}}{3} = \frac{108}{3:15} = 2{}^{6}/_{15}$
oder 15 : 9 = 4 : $2{}^{6}/_{15}$. } — — — $2{}^{6}/_{15}$

Duarenus: ${}^{1}/_{2}+3 = 3{}^{1}/_{2}$ . . . . . — — — $3{}^{1}/_{2}$

Connanus: $\frac{6+12}{3} = {}^{9}/_{3} = 3$ . . . . . — — — 3.

Man ſieht, die andern drei Berechnungen haben alle, nämlich nach der gewöhnlichen Anſicht, den Vorzug vor der Papinianiſchen, daß ſie den Theil des Mannes faſt immer kleiner machen, alſo die Berechnung der idealen näher bringen.

§. 19. Gegen die Schrader'ſche Vorſtellung läßt ſich manches ſchon ſachlich einwenden, was er ſelbſt keinesweges verkannt hat. Ueberall ſieht man nicht recht, wie man hier zu dem Bedürfniß eines Mitteljahrs kommt *). Ein Mitteljahr wird ſonſt wohl aufgeſucht, wenn es darauf ankommt zu wiſſen, was ein Grundſtück im Durchſchnitt einbringt, da wird denn aber eine beträchtliche Anzahl Jahre, bei Weinbergen, ſo viel ich weiß, gewöhnlich zehn Jahre zuſammengerechnet. Freilich dem Mann nur ſo ein ideales Mitteljahr pro rata zuzuwenden, dazu iſt kein rechter Grund abzuſehen. Warum nun aber der Mittelertrag von zwei beſtimmten Jahren? Weil das erſt-letzte Ehejahr in beide hineinfällt. Soll das den Ausſchlag geben, ſo iſt es doch immer beſſer, dem ſo abgeſchnittenen Theil des Vorjahrs verhältnißmäßig ſo viel von ſeinem Ertrage (Wein) zukommen zu laſſen, als dem abgeſchnittenen Theil des Nachjahrs von ſeinem eignen Ertrage (Pacht), und da brauchen wir dann kein Mitteljahr, ſondern

*) In keiner andern Stelle iſt dieß gradezu vorgeſchrieben, aber auch nicht indirect in L. 5. 6. D. sol. matrim., denn da wird nur geſagt, daß das erſte und letzte Jahr nach der Dotalität zu beſtimmen ſey, und das geſchieht auch vollkommen bei der papinianiſchen Berechnung, nur daß da das Ergebniß zweier Fruchtjahre bis auf einen gewiſſen Punkt für das letzte Dotaljahr die Theilungsmaſſe bildet. Auch nicht L. 7. §. 9. eod., denn das fructus toto tempore, quo curantur, non quo percipiuntur, rationem suscipere debemus, kann nur ein Einwand ſeyn gegen die papinianiſche Berechnung, aber kein Beweis für irgend eine andre ſpecielle Berechnung, da mehrere dem Princip gemäß ſind, z. B. auch die Berechnung, welche Schrader ſelbſt für die beſte hält, und die von keinem Mitteljahr weiß, nämlich die Duareniſche. Ja es iſt ganz offenbar, daß ſich die Berechnung nach medius proventus ſchon davon entfernt, wenn ſie ihr auch näher rückt als die papinianiſche, nur die Duareniſche erfüllt es ganz, und ſo könnte eine innere Nothwendigkeit nur für dieſe nicht für die Schraderſche ſprechen.

die Duarenische Berechnung tritt ein. Wollen wir aber durchaus ein Mitteljahr, so scheint die Connanische Behandlung die einzig consequente; denn wenn Schrader dieser vorwirft, daß sie nicht Rücksicht darauf nehme, daß die Ehe nur einen Theil des Pachtjahrs (3 M.) in sich aufnehme, so trifft ihn dieser Vorwurf auch, und der der Inconsequenz noch dazu, weil er es unbeachtet lassen muß, daß die Ehe von dem Jahr der Weinlese auch nur einen Theil ($\frac{1}{12}$) in sich hineinzieht. Darin nähert sich allerdings seine Behandlung der papinianischen, daß sie die Bewegung des Scheidungspunktes im Pachtjahr, zurück die Theilungsmasse selbst verkleinern, vorwärts sie vergrößern läßt. Allein aus dem Gesichtspunkt einer bloß mathematischen Berechnung läßt sich gar kein Grund einsehen, weshalb nicht mit dem Vorjahr, zu dem die Weinlese gehörte, dieselbe Operation rück- und vorwärts geschieht? Schrader entschuldigt den Papinian hierüber, es sey ihm so etwas kleben geblieben von dem Vorurtheil, daß es bey der Dos eben so wie beym Ususfructus seyn müsse, wo dem Usufructuar alle percipirten und nur die percipirten Früchte zukommen, deswegen habe er die Vindemia, ehe er sie zur Masse schlüge, nicht verkürzen mögen; allein dieß ist, wie wir bald sehn werden, eine so wenig passende Entschuldigung, daß sie schon alles hier verdächtig macht.

§. 20. Sodann ist in dem Programme in mehreren Beyspielen, die hier folgen sollen, nachgewiesen worden, daß in manchen Fällen das höchst unbillige Mißverhältniß entsteht, daß der Mann für eine größere Zahl von Ehe-Dotalmonathen weniger bekommt, als für eine kleinere.

Die Weinlese ist durch irgend ein Unglück besonders verkümmert, und daher = 6, die Pacht des Nachjahrs = 24; elf Monathe, nachdem der Mann die Weinlese im ersten Ehemonath gemacht hatte, sind bis zur Scheidung verflossen; hier bekommt der Mann $\left(\frac{6 + 22}{23}\right)\frac{12}{} = 14\ {}^{14}/_{23}$.

Nehmen wir den ersten Monath hinweg, und lassen die Ehe nach der von der Frau gemachten Weinlese beginnen, so erhält der Mann $\frac{11 \cdot 24}{12} = 22$. So verderblich war es ihm dort, daß die Ehe einen Monat länger gewährt hatte, nämlich zwölf Monath, statt hier elf. Bey Wein ist das gar nicht so selten, daß die Trauben so misrathen; aber die Differenz braucht gar nicht so groß angenommen zu werden, z. B. Weinlese = 6, Pacht = 8; hier wird in dem ersten obigen Fall herauskommen $\left(\frac{6 + 7\frac{1}{3}}{23}\right)^{\frac{12}{}} = 6\ ^{22}/_{23}$, in dem letzten wird ihm $7\frac{1}{3}$ zu lassen seyn.

Dieß ist ein großer Fehler bey einer Berechnungsart, die rein mathematisch durchgreifend seyn soll. Schrader entschuldigt den Papinian hier wieder damit, der Mann habe sich das selbst zuzuschreiben, da er sich ja nur das Dotalgut so lange habe verbitten können, bis die schlechten Trauben abgelesen worden; allein wer denket daran, wenn er eine Ehe eingeht, daß sie schon im ersten Jahre zu Ende gehn werde? Wer in Weinländern sich aufhält, weiß auch, daß der Herbst noch im letzten Monath zerstöhrt werden kann, z. B. die Trauben verfaulen, noch im Anfange des October sind sie nicht reif genug, um verständiger Weise noch gelesen zu werden, man will bis Mitte October warten, nun treten Regengüsse und heftige Orkane ein und zerstören die schönste Hoffnung, oder ein freilich in dieser Zeit nicht häufiges aber doch mögliches Hagelwetter schlägt das Meiste zu Trümmern, oder doch einen so beträchtlichen Theil, daß nun der Werth der Jahrespacht lange nicht gleich kommt. — Von frühen Frösten will ich nicht reden, da das Stück in Italien spielt. — Man darf sich freilich nicht denken, daß grade den ganzen October hindurch gelesen werden muß. — Und warum soll hier denn überhaupt nicht lieber billig als unbillig gerechnet werden? Da die Pacht

grade ſo bedungen zu ſeyn pflegt, daß ſie ein eigentliches Mitteljahr ungefähr vergütet, ſo wird dieſe Unbilligkeit faſt jedesmal eintreten, wenn das Traubenjahr nur den gemeinen Grad der Fruchtbarkeit nicht erreicht.

§. 21. Für unſern Autor iſt nur die Entſchuldigung möglich, wenn er zeigen könnte, Papinian habe ihn durch ſeine Worte zur Annahme dieſer Berechnung genöthigt. Davon iſt aber Papinian, wenn mich nicht alles täuſcht, weit entfernt. So viel kann man wohl ſagen, manche der andern Erklärungsarten rennt noch mehr gegen die einzelnen Worte an, dieſe könnten vielleicht alle, jedes an und für ſich betrachtet, ſo ſtehen bleiben, ohne daß die Schraderſche Berechnung damit in Conflict käme, aber dieſe bedarf eines ſehr bedeutenden Zuſatzes, den die Worte nicht haben, ja der nicht einmal irgend verſtändlich in ihnen angedeutet iſt. In dem Wort »confundi« ſoll ein eigner tiefer Sinn liegen, der auf die Ausmittlung des Mitteljahrs, des medius proventus hinführt, »ex« ſoll durch das griechiſche »κατὰ« erklärt werden. Confundere heißt doch nichts weiter als zuſammengießen, wofür wir in dieſer Verbindung lieber »zuſammenwerfen« ſagen. Allerdings kann man ein paar Quantitäten ſo zuſammengießen, zuſammenwerfen, mit einem andern Wort zuſammenſchlagen, daß noch erſt eine Mittel-Quantität herausgezogen werden ſoll, aber wenn man ſimpelhin ſagt, die Quantitäten ſollen zuſammengeſchlagen werden, ſo iſt dieſe neue Operation damit auch nicht im geringſten angedeutet. Es mag einmal ſeyn, daß es Wortverbindungen giebt, worin ex eine gleiche Bedeutung mit κατὰ hat, hier iſt keine ſolche Wortverbindung, ſondern viro ex ea pecunia tertia portio reliquitur iſt nach dem entſchiedenſten Sprachgebrauch gleichſagend mit: viro eius pecuniae tertia etc. Und was ſoll nur dieſe Verwechslung mit κατὰ, wie könnte dieß nur auf den medius proventus führen? Nimmermehr kann doch tertia portio ex ea pecunia ſtehen für

tertia portio medii annui proventus inveniendi ex ea pecunia. Man weiß nicht recht, ob die vielſagende Andeutung in dem confundi, oder in dem ex ea pecunia liegen ſoll, oder in der Beziehung beider auf einander, und wenn das letztere, ſo käme es darauf hinaus, daß das ganze Mittelglied fehlte, was dieſe eigne Verbindung erzeugen könnte.

§. 22. Alles dieß aber ſoll durch die bekannte Kürze und Dunkelheit in Papinians Schreibart beſeitigt werden. Mögen wir aber auch ſeine Neigung zur Kürze noch ſo groß annehmen, ja wir wollen ihm eine wahre Leidenſchaft dafür beylegen, ſo muß er doch, damit er ein guter Schriftſteller bleibe, — und das Alterthum hat ihn für einen großen Schriftſteller gehalten, — die Hauptſache nicht vor lauter Kürze verſchwiegen haben; die Ausrechnung des Mittelertrags iſt hier aber das Beſondere und Eigne, das Charakteriſtiſche in dieſer Berechnung, alſo die Hauptſache, und davon eben kein Wort. Wäre dieß die Art Papinians geweſen ſich auszudrücken, ſo hätte er darauf rechnen können, in hundert Fällen wenigſtens neun und neunzigmal mißverſtanden zu werden. *)

Die ganze Sache läuft alſo darauf hinaus, Papinian hat zwar das gar nicht geſagt, aber er hätte es doch ſagen können, und er mußte es ſagen, wenn er nicht ſo ganz unverſtändige Gedanken hatte, wie in ſeinen Worten wirklich aufs klarſte und verſtändlichſte ausgedrückt ſind. **)

*) Cujaz hat noch immer ſehr Recht, wenn er (Obs. XIV. 22. ſagt: »Haec est sententia Papiniani, et verba sunt clara; nec est quod eam mutemus vel cavillemur, ut qui prudentiores Papiniano videri volunt, partim eum cavillantur, partim mutant male et corrumpunt.

**) Wenn wir auch das confundere ſo überſetzen wollen, wie es einem Vertheidiger der Schrader'ſchen Auslegung am meiſten recht ſeyn müßte, nämlich: „vereinigen“ (»ex confusione unum fit«), ſo frage man ſich nur, wenn einer heut zu Tage ſagte: die Weinleſe und der vierte Theil der Pacht werden vereinigt, und aus dieſer Maſſe erhält der Mann den dritten Theil; ob jemand dieß ſo verſtehen würde, daß noch aus der Weinleſe und dem vierten Theil der Pacht

§. 23. Nach den gegebenen Voraussetzungen wäre also die Alternative gestellt, entweder:

1) die klaren Worte, wie sie Papinian gesagt, und wie sie Ulpian ohne Erläuterung wiedergegeben hat, sich in ihrem rechten Sinn gefallen zu lassen, und zuzugeben, das Papinian und mit ihm Ulpian einen falschen Calcül gemacht haben, oder

2) die Hauptsache hinzuzudenken, wie sie durch neue Worte zwischen die Linien hineincorrigirt werden könnte, ohne darum die alten zu verändern, und so etwas Fehlerhaftes aber doch etwas Besseres zu gewinnen. Dadurch mögte denn nur etwa eine etwas schwerfällige Construction entstehen, wie sie wohl einmal bey Papinian vorkommt.

Ich muß aber gestehen, wenn ich einmal so weit, als unter 2. gestattet wird, vorgeschritten wäre, so würde ich auch noch weiter gehen, und durch Ignoriren einiger der alten Worte, die ja etwas gedankenlos geschrieben seyn könnten, die beste Berechnung, nämlich nach Schrader die Duarenische zu gewinnen suchen, oder sonst eine, die besser wäre wie die Schradersche. Willkürlich hinzusetzen und willkürlich hinweglassen ist doch nicht so gar weit verschieden.

IV. Neuer Versuch die Gründe der Papinianischen Berechnung in L. 7. cit. auf natürlichem Wege zu finden.

§. 24. Ueber alle diese Künstlichkeit kämen wir nun hinweg, wenn sich ausfindig machen ließe, die ganze Voraussetzung sey irrig, nämlich daß die ächte Papinianische Berechnung falsch sey, wenn sich zeigen ließe, daß diese grade natürlich und den wirklichen Verhältnissen am angemessensten sey; aber freilich auf mathematischem Wege läßt sich

ein Mittelertrag herausgezogen werden müsse, und aus dieser Masse erst der Mann den dritten Theil bekommen solle. Niemand spricht so, niemand versteht so. Im Lateinischen ist es nicht anders.

dieß nicht finden. So viel iſt wohl richtig, daß die Gründe womit man bisher die Papinianiſche Berechnung vertheidigt hat, und namentlich was Cujaz *) ſehr ausführlich aber gar zu ſpitzfindig dafür aufgebracht hat, nicht hinreichen um jenen Vorwurf eines Mißverhältniſſes des juriſtiſchen Jahrs zu dem natürlichen Jahr aus dem Wege zu räumen. Wir wollen indeß einen neuen Verſuch machen, müſſen aber, um zu dieſem Zweck zu gelangen, noch erſt zurückgehen in die Grundanſichten, welche dieſe ganze Materie von den Früchten der Dos beherrſchen.

§. 25. Das erſte Princip in dieſer Materie iſt und bleibt immer, daß der Mann die während der Ehe geernteten (percipirten) Früchte gewinnt (lucrirt). Daſſelbe iſt keineswegs vom Uſusfructus herübergenommen. So wie die Dos eine äußere Aehnlichkeit hat mit einem ususfructus maritalis, wie ihn das teutſche Recht kennt, das römiſche aber nicht **), innerlich aber ſchon in den Grundzügen davon verſchieden iſt; ſo iſt es auch hier, der eigentliche Grundgedanke iſt ein ganz verſchiedener. Daher findet ſich auch keine Spur, daß römiſche Juriſten die Analogie des Uſusfructus hier angewandt haben. Daher iſt es auch ſchlechthin unglaublich, daß ſich ein einziger römiſcher Juriſt von Bedeutung, zumal ein Papinian, nur irgendwo und jemals von dieſer falſchen Analogie ſollte haben leiten laſſen. Dieß genauer zu entwickeln, iſt hier nicht der Ort; jeder der ſchärfer über dieſe Sache nachgedacht hat, ſieht dieß ein, und daß die Schrader'ſche Schrift dieß verkannt hat, will ich nicht weiter rügen, da der Verfaſſer ſicherlich längſtens davon zurückgekommen iſt. Jedoch iſt dieß

*) Observ. XIV. 22. — Quaest. Papin. Lib. XI. ad h. l. (ed. Fabr. pag. 296 etc.) — ad Paul. R. S. II. 22. §. 1. — ad Feudor. Lib. 4. tit. 30.

**) Ich werde es mir angelegen ſeyn laſſen, dieß nächſtens in dem zweiten Theil meines „Güterrechts der Ehegatten“ in einem reichen Detail zu zeigen, vieles in dem erſten Theil war ſchon darauf berechnet.

Princip hier höchst natürlich, denn Gebrauch und Fruchtgenuß der Dotalsachen soll die Vergütung seyn, welche der Mann dafür von der Frau bekommt, daß er allein die Kosten des ehelichen Zusammenlebens aus seinem Vermögen abträgt.

§. 26. Dasselbe löst sich aber in mehrere Sätze auf, nämlich diese:

1) der Mann braucht die während der Ehe geerntete Frucht nicht beym Schlusse derselben mit der Hauptsache, wovon sie gezogen worden, zu restituiren.

2) Dieß liegt so nothwendig in der Natur des Rechtsverhältnisses, welches durch die Dotation erzeugt wird, daß es durch keinen Vertrag, vor oder in der Ehe geschlossen, zum voraus geändert werden kann *), schon ein bedeutender Unterschied vom Jus Ususfructus, wornach ein solcher Vertrag ganz gültig den Ususfructus verkürzen würde.

3) Was der Mann an Früchten vor der Ehe zieht, kann er zwar erwerben (acquirere), aber er darf es nicht gewinnen, d. h. er restituirt es beym Schluß der Ehe mit der Hauptsache und mit der übrigen Dos, gleich einem zur Dos gegebenen Capital, von dem er inzwischen nur keine Zinsen zahlt **).

4) Eben so was er an Früchten nach beendigter Ehe zieht, ist Gegenstand der Restitution. Nach Pandektenrecht erwirbt er unstreitig diese Früchte bis zur Restitution der Hauptsache, aber er lucrirt sie nicht, sondern sie können mit der Dotalklage von ihm abgefordert werden, selbst wenn er die Hauptsache schon früher restituirte ***). Es lassen sich viele Fälle denken, wo eine Frau ihrem geschiedenen Manne die Dos noch ein oder mehrere Jahr läßt, entweder freiwillig, sie will ihn nicht drängen; oder sie hat einen Vater, der sie

*) L. 7. pr. §. 1. D. de iure dot. L. 10. §. 3. in. f. eod. L. 4. D. de pact. dotal. Paulus R. S. II. 22. §. 1.

**) L. 7. §. 1. L. 47. D. de iure dot. L. 38. §. 12. 16. D. de usuris. L. 6. in. f. D. solut. matrim, vergl. L. 31. §. ult. eod.

***) L. 31 §. ult. cit.

in der Gewalt hat, und dem will sie die Dos nicht anvertrauen; oder aber vom Gesetz selbst sind größere Termine der Rückgabe gesetzt, wie bey einem Capital nach altem Recht (»annua, bima, trima die«), wo denn die Zinsen die Frucht sind, wie nach Justin. Recht der annus bey allen beweglichen Sachen, z. B. auch bey einer Schaafheerde, wo die Frucht in Wolle besteht. Dann können die Früchte der Zwischenzeit unmöglich dem Manne verbleiben, sondern er muß sie als augmentum dotis mit der Hauptsache restituiren, es sey denn daß die Frau sie ihm zum Theil als Vergütung für cura lassen will, oder ihm die Sache verpachtete.

§. 27. Dieses Princip ist es, was dieser Materie allein Haltung giebt; es muß daher in allen seinen Theilen festgehalten werden, wenn es sich auch nicht allenthalben absolut durchführen läßt, im Ganzen ist es durchaus natürlich und billig; es muß auch noch festgehalten werden selbst da, wo es nach der Natur der Verhältnisse und aus besondrer Billigkeit eine Mäßigung erleidet, ja wo ein andrer Grundsatz an seine Stelle zu rücken scheint. Das letzte tritt ein bey den Früchten des letzten Jahres der Ehe in dem Sinne, wie dieses oben begriffen worden. Denn hier würde es oft dem Zweck der Dos und aller Billigkeit widerstreiten, wenn man allein auf die Perception sehen wollte, so weit also dieß der Fall ist, und nicht weiter muß man das Princip verlassen: wo die besondre Billigkeit aufhört, tritt dieses gleich wieder in Kraft. Die Regel, welche wir schon kennen gelernt haben,

> daß alles, was die Frau vor dem Anfang der Ehe, sey auch das erste Jahr zugleich das letzte, und alles was der Mann ordentlicher Weise vor dem letzten Jahr percipirt hat, niemals in das letzte Jahr hineingerechnet wird, und also auch kein Gegenstand der Theilung oder der Restitution werden kann,

ist noch ganz dem Princip gemäß. Aber was an zu diesem

letzten Jahr gehöriger Frucht der Mann noch in der Ehe percipirt, kann ihm so wenig immer verbleiben, als ihm von derselben Frucht alles das entzogen werden kann, was beym Schluß der Ehe noch nicht percipirt ist. Fiele das Ende der Ehe, z. B. die Scheidung, immer mit dem Ende des letzten Dotaljahrs zusammen, so ließe sich noch wohl das Princip rein durchführen; aber viel öfter durchschneidet es dasselbe, und da waltet denn der Zufall, und kann leicht dem Manne übermäßig viel Frucht zuwenden oder hinwegnehmen. Die Früchte sind ihm gegeben für die Kosten der Ehe, die er wirklich trägt, er trägt sie aber nur bis zur Trennung. Würde hier nicht auf das natürliche Ergebniß des Jahrs gesehen, so würde diese Beyhülfe, die doch einziger Zweck der Dos ist, oft ganz unverhältnißmäßig ausfallen. Z. B. ein Acker der nichts wie Korn trägt, ist in dotem gegeben. Das letzte Ehe-Dotaljahr fängt mit dem ersten März an, am letzten Juli erfolgt die Scheidung. Hier sind alle Früchte geerntet, denn das Korn ist im Juli reif; so würde dem Mann für vier Monathe werden, was ihm für ein ganzes Jahr gegeben war. Umgekehrt wenn in demselben Fall ein Weinberg gegeben wäre, so würde er für die vier Monath Ehelast nichts bekommen, also die Dos im letzten Jahr gar nicht fungiren: auch das Letzte kann wenigstens nicht Regel seyn. So muß hier vielmehr bis auf einen gewissen Punkt die Regel gelten, welche im §. 9. unsrer L. 7. ausgesprochen ist:

»Fructus toto tempore, *quo curantur, non quo percipiuntur* rationem accipere debemus«.

Das kann nichts anderes heißen, als es muß auf das natürliche Fruchtjahr gesehen, und dieses nach Verhältniß in das letzte Dotaljahr hineingezogen werden.

§. 28. Dieß ist nun sehr einfach, wenn der Fall so eintrifft, wie er im §. 2. der L. 7. vorgestellt wird, wo so eben die Ernte vollständig gemacht war, und dann gleich das leere Feld in dotem gegeben wurde, denn da ist totius anni unus

fructus. Das eine natürliche Fruchtjahr wird mit ſeinem vollſtändigen Ertrage auf das Dotaljahr gelegt, mit dem es zuſammenfällt, und nun nach Verhältniß abgeſchnitten. Allein es kann ja ſeyn, daß der Anfang des juriſtiſchen Jahrs das Fruchtjahr durchſchneidet, ſo wie die Trennung der Ehe wieder jenes: hier giebt es ein natürliches Vorjahr und ein natürliches Nachjahr, von beiden fällt nur ein Theil in das letzte Dotaljahr.

§. 29. In dieſe Categorie gehört nun der Fall des vielbeſprochenen §. 1. der L. 7. Das Eigenthümliche deſſelben auf den erſten Blick iſt, daß grade nur die Erntezeit, der Weinmonath October von dem Vorjahr in die Ehe fällt. Von dem Nachjahr fallen nur drei Monath hinein, da wird ſie beendigt, und hat nur vier Monath gedauert. Wollte man hier nun ſtrenge die neue Regel: Fructus toto etc. anwenden, ſo wäre die Duareniſche Rechnung die einzig richtige. Allein dem widerſteht die vermuthliche Abſicht der Parteien. Denn was kann die Frau bewogen haben, dem Manne einen vollen Acker in dotem zu geben, da ſie doch nur die Ehe, und wenn das nicht, die Beſtellung der Dos aufhalten, und den Herbſt erſt ſelbſt machen könnte? Sie hatte es in ihrer Gewalt, denn wollte der Mann nicht ohne Dos heirathen, ſo konnte ſie dieſe vorläufig durch Cautio beſtellen. Nun that ſie es nicht, was konnte ihre Meinung ſeyn, in der Art nämlich, daß dieſe auch den Beyfall des Mannes haben konnte? Unmöglich kann als ihre gemeinſame Abſicht vermuthet werden, daß der Mann die Trauben leſen und ſie dann gleich alle an die Frau herausgeben ſolle, oder daß ſie auch nur alle dotal werden ſollten, denn das wird bey in der Ehe percipirten Früchten nie präſumirt, wenn nicht die Umſtände deutlich darauf hinweiſen *); aber es iſt auch faſt eben ſo ſchwer zu glauben, daß der Mann von dieſer ganzen Weinleſe, die die Frau ihn für ſich machen ließ, während es ihr ſo nahe lag, ſie für ſich ſelbſt zu machen

*) L. 4. D. de pact. dotal.

und ihm etwa die Kleinigkeit herauszugeben, — nur den zwölften Theil erhalten, und die andern $\frac{11}{12}$ jetzt oder dermaleinst an die Frau herausgeben sollte. Das wird schwerlich ein Mann, dem nicht die Duarenische Berechnung grade bekannt und geläufig ist, so nehmen, er wird immer glauben, er könne in dem Jahre schon recht etwas aufgehn lassen, weil er einen grade so reich ausgestatteten Fundus mit der Frau bekommen, ohne zu fürchten, daß ihm am Ende nur $\frac{1}{12}$ davon zu Gute kommen werde, und ohne Ahnung der Gefahr, daß er den größeren Aufwand, eine gemeinsame Reise z. B., und die bessere Einrichtung, woran sie Theil nimmt, künftig einmal großen Theils aus seinem eignen Vermögen, was vielleicht sehr unbedeutend ist, werde ersetzen müssen. Es ist aber nicht gut, wenn das Gesetz annimmt, was die Leute in ihrer Unbefangenheit, indem ihnen nicht alle feinere Bestimmungen des Gesetzes bekannt seyn können, nicht erwarten. So mögte die Duarenische Behandlung hier der Idee des besten Rechts am wenigsten entsprechen.

§. 30. Es ist vielmehr bey weitem das Wahrscheinlichste, daß die Frau dem Manne für das erste Jahr ihre Dos besonders reichlich mit Früchten habe ausstatten wollen. Diese Gunst der Frau kann mancherley Beweggründe haben, z. B. daß die neue Einrichtung besonders viel kostet, oder daß sie in der ersten Zeit vorzüglich angenehm mit ihm leben will, aber es kann auch eben nichts weiter als freie Gunst seyn. Dieser Absicht muß nun nachgegangen werden, denn als Schenkung kann das nicht ungültig seyn, da es nicht einmal eine solche ist, sondern immer nur als zu einem reichlichen Aufwand gegeben angesehen werden muß, und da selbst nicht einmal die Früchte der von der Frau ungültig geschenkten Sachen dem Verbot unterworfen sind *).

*) L. 17. pr. D. de donat. int. V. et U. Vergl. L. 7. §. 1. in f. D. de iure dot. So wie durch Hinwegnahme der pendenten Früchte des letzten Jahres dieses ärmer gemacht werden kann, so wird hier das erste Jahr durch percepte Früchte reicher gemacht.

§. 31. Aber wie wenn nun ſich ereignet, was Papinian vorausſetzt, daß das erſte Jahr auch gleich das letzte wird? Dauert die Ehe dieß Jahr ganz noch aus, ſo kann die Abſicht, daſſelbe zu bereichern, vollſtändig erreicht werden, indem nun die ganze Vindemia zu den $\frac{11}{12}$ des neuen Fruchtjahrs hinzukommt, und ſo wenn man will, bekommt der Mann für dieß Jahr $\frac{23}{12}$ ſtatt $\frac{12}{12}$; alſo macht das, was nach dem ſtrengen Grundſatz: fructus toto tempore etc. ſo ungereimt ſchien, in dieſer Verbindung und aus dieſem Geſichtspunkt angeſehn, am wenigſten Anſtoß. Aber wie wenn die Trennung früher erfolgte? Calculirt hat die Frau auf dieſen Fall gewiß nicht, alſo kann man nicht fragen, was hatte ſie auf dieſen Fall für eine Abſicht? auch nicht einmal, was würde ſie dafür beſtimmt haben, wenn ſie daran gedacht hätte, denn hätte ſie ihn für möglich gehalten, ſo würde ſie wohl nicht den vollen Acker zur Dos gegeben haben. Man muß alſo nur zu finden ſuchen, was in ihrem Sinne nun das Verſtändigſte und Billigſte iſt. Nicht wohl aber kann es das ſeyn, die Vindemia benebſt der neuen Jahresfrucht ſo über alle Monathe des letzten Dotaljahrs zu vertheilen, daß auf jeden noch vor die Scheidung fallenden Monath ſo viel kommt, daß er einen Zwölftheil von dem Werth der $\frac{23}{12}$ erhält. Wollte man das, ſo würde ein ſolcher Zwölftheil ſogar auf den erſten Monath kommen, und der Mann würde aus einem Fruchtjahr etwas bekommen, in welches die Ehe gar nicht hineingereicht hätte. Dieß würde der Frau nicht genehm ſeyn können, und in dieſer Ausdehnung darf das Beneficium derſelben gar nicht genommen werden. Daß die pendente Frucht, die im letzten Dotaljahr noch erzeugt und aufgepflegt worden, zu demſelben und zu ſeiner Theilung gehöre, iſt zwar regelmäßig wahr, aber es kann nicht in vollem Umfange eintreten, wenn in dem Vorjahr eine Vergütung liegt. Nun darf dieß aber auch nicht genommen werden, als hätte die Weinleſe für das ganze nächſte Jahr die Ehekoſten vergüten ſollen, ſo daß ſich

die neue Frucht des erſten Jahrs immer wieder in das zweite, und dieſes in das dritte, und ſo weiter fortſchöbe. Es ſollte Bereicherung der erſten Zeit, es ſollte Liberalität ſeyn. Dieß darf nun nicht ganz verfehlt werden, wenn es auch nicht durch gleichmäßige Vertheilung auf alle Dotalmonathe bewirkt werden darf.

§. 32. Erreicht die Ehe nicht einmal den November, alſo nicht den erſten Monath des neuen Fruchtjahrs, ſo kann der Mann nun freilich nichts mehr bekommen, als $\frac{1}{12}$ der Vindemia, denn anderswoher iſt nichts zu nehmen, und er kann doch nicht die ganze Vindemia bekommen. Dieſe macht die ganze Theilungsmaſſe aus, worin er pro rata novissimi anni ſeinen Theil bekommt. Er hat hier alſo keinen andern Vortheil, als den, daß er einen geſicherten guten Jahresertrag hat. Die Begünſtigung zeigt ſich natürlich erſt, wenn die Ehe in das neue Fruchtjahr hineinrückt, und zwar ſo, daß die Ehe von den Monathen dieſes natürlichen Jahrs einen Monath Frucht nach dem andern zu der Theilungsmaſſe des letzten Dotaljahrs, in der ſich allemal die Vindemia ganz befindet, hinzu thut. Das hat denn die Folge, daß ſo wie der Scheidungspunkt in dem Ehejahr weiter fortrückt oder zurückbleibt, auf doppelte Art der Fruchtgewinn des Mannes vergrößert oder verkürzt wird,

1) durch Vermehrung und hinwiederum Verminderung der Theilungsmaſſe, und
2) durch Vergrößerung und hinwiederum Verkleinerung des aus dieſer vom Manne zu hebenden Theils.

Dieß iſt im Sinne der Frau das Natürlichſte, denn ihr iſt es gewiß genehm, den Mann um ſo mehr zu begünſtigen, je länger er mit ihr lebt, um ſo weniger, je ſchneller er von ihr getrennt wird. Der Mann kann aber nicht mehr verlangen, und ſo iſt es auch durchaus billig.

§. 33. Dieß iſt nun aber grade das Papinianiſche Verfahren, denn, wie ſchon erwähnt worden, die Pacht iſt bloß

Surrogat der natürlichen Frucht, und daß grade nur von dieſer juriſtiſchen (civilen) Frucht die Rede iſt, kommt daher, weil Papinian zunächſt den Irrthum widerlegen wollte, als könne jemals der Anfang des letzten Jahrs nach dem Pachtcontract beſtimmt werden, und bey dieſer Gelegenheit gibt er die beiden Berechnungen in §. 1. und §. 2. Hiernach mögte dieß alſo keinesweges ſo ungereimt ſeyn, wie es Vielen erſchienen iſt, ſondern für den gegebenen Fall und alle ähnliche, d. h. weſentlich gleiche Fälle eben das Beſte und Billigſte. Papinian iſt höchſt klar und beſtimmt in ſeiner Entſcheidung, aber er ſagt kein Wort über die Gründe derſelben; wenn wir ihm dieſe alſo ſuppeditiren, ſo kann dieß geſchehn, ohne ſeinem Text Worte zu nehmen oder hinzuzuſetzen.

Hiergegen läßt ſich einwenden, daß wir immer vorausſetzten, es läge ein Vortheil in dem Hinzurechnen der Vindemia zu der Theilungsmaſſe; allein es kann ſeyn, daß dieſe ſo ſchlecht iſt, es bey der Dotation bereits war, oder es im October noch durch zerſtöhrendes Unwetter wurde, daß der Mann beſſer daran geweſen wäre, wenn er einen Monath ſpäter den leeren Fundus bekommen hätte *). Es ſcheint ſie alſo derſelbe Vorwurf zu treffen, den wir der Schrader'ſchen entgegen geſetzt haben. Allein erſtens gehört hier viel mehr Unglück dazu, als dort **) und dann iſt der weſentliche Unterſchied, daß die Schraderſche Berechnung eine mathematiſch durchgreifende iſt, die ſich auf das abſolute Princip: fructus toto tempore etc. ſtützen ſoll, wogegen die unſrige viel geringere Anſprüche macht, indem ſie auf praesumta voluntas beruht; wo alſo in einem höchſt ſeltenen Fall an eine Bereicherung nicht

*) Ein Beyſpiel iſt dieſes: Weinleſe = 6, Pacht = 24; hier bekommt der Mann $\frac{6+6}{3} = {}^{12}/_{3} = 4$, ohne den October und ſeine Weinleſe hätte er bekommen: ${}^{24}/_{4} = 6$.

**) Dort iſt, wie wir in §. 20. geſehn haben, ſchon ein Verhältniß von 8 zu 6 hinreichend.

zu denken ist, da muß anders gerechnet werden. Daß Papinian diese Ausnahme nicht macht, ist kein Einwand, denn wie oft werden Regeln aufgestellt, die doch anderwärts ihre Ermäßigung erleiden, die Seltenheit konnte dieß schon übersehen oder gering achten lassen: Papinian sagt auch nichts davon, daß ein ausdrücklicher Vertrag dieß ändern könne, und doch kann er dieß sicherlich bis auf einen gewissen Punkt, nicht anders schweigt er von der tacita voluntas contraria.

§. 34. Welche Fälle sind hier denn aber analog, und werden daher von derselben Regel regiert, und welche nicht? Frucht und Pacht, wie gesagt, stehen sich hier einander gleich, auch jede andre Ernte mutatis mutandis der Weinlese, und eben so gemischte Frucht, ein Doppeljahr steht dem einfachen Jahr gleich *); auch der Gegenstand wovon geerntet wird, ist gleichgültig **), auch ob auf andre Weise, als durch Scheidung ein Restitutionsfall eintritt ***), die obige Argumentation gilt auch hier wenn sie dort auch noch mehr Stärke haben sollte. Im übrigen muß man aber nicht weiter über den gegebenen Fall und seine Regel hinausgehn. Fängt die Ehe so früh an in dem Vorjahr, daß an eine solche absichtliche Begünstigung nicht zu denken ist, z. B. wie der Weinstock noch blüht oder eben ausgeblüht hat, wird der Weinberg zur Dos gegeben, so muß anders gerechnet werden, hier ist noch nichts gesichert, und noch viele Mühe und Sorge ist dem Mann übrig in dieser letzten Hälfte des Vorjahrs. Dieser Fall ist gar nicht im Gesetz bestimmt, ich würde aber dabey unbedenklich die Duarenische Berechnung vorziehn, und von jedem der beiden Fruchtjahre so viel in das Dotaljahr hineinlegen, als dieses Monathe von ihnen bestreicht. Es ist das allerdings ein großer Fehler in dem Justinianischen Recht,

*) §. 6 — 8 eiusdem legis.
**) §. 9 — 11 ibid.
***) §. 15 in f. ibid.

daß dieſer Fall, wo die beiden Fruchtjahre die erſte Ernte, die in die Ehe fällt, in die Mitte nehmen, gar nicht ſpeciell in ihm vorkommt. Darüber, ob ein Fall noch ſo nahe an den Papinianiſchen hinanrückt, daß der Geſichtspunkt der Begünſtigung vorwalten dürfe oder nicht, ob man alſo noch die Papinianiſche oder die Duareniſche Berechnung anzuwenden habe, läßt ſich freilich nichts Durchgreifendes aufſtellen, es richtet ſich das auch zum Theil nach der Natur der Sache, welche Frucht trägt, darüber muß das Arbitrium iudicis entſcheiden, ſo wie es auch dieſem anheim geſtellt bleiben muß, ob man den Monath noch in kleinere Theile zu zerlegen habe: Papinian nimmt freilich an, der letzte Monath ſey rein abgelaufen („mensis Ianuarii suprema die facto divortio"), aber dieß kann nicht immer und in allen Beziehungen gefordert werden, ſonſt bekäme der Mann gar nichts, wenn die Ehe nicht einen ganzen Monath ausgedauert hätte *), und freilich auch hierüber hätten genauere Beſtimmungen bey einem ſo ſehr praktiſchen Gegenſtande im Geſetz nicht fehlen dürfen.

§. 35. Eben ſo halte ich mich auch überzeugt, daß, wie ſchon geſagt worden, wenn einmal das erſte Dotaljahr ausgelaufen, die ganze Berechnung nicht eintreten kann, ſondern der Mann nun die ganze Vindemia als ein Surplus des erſten Jahrs gewann. Nicht etwa wird ſie durch alle Mitteljahre hindurch auf das dann letzte Jahr übertragen. Denn ſonſt könnte es ſeyn, daß das ihm zugedachte Präcipium ihm geringer anſchlüge, wenn er viele Jahre mit der Frau gelebt hätte, aber z. B. nur einen Monath ins letzte Jahr hinein, als wenn er nur ein Jahr und z. B. neun Monathe mit ihr verehlicht geweſen; obgleich Schrader auch für alle dieſe Fälle ſeine Berechnung will angewandt wiſſen **).

*) Vergl. princip. eiusd. leg.

**) Dafür anführen kann man nicht das Principium der L. 7., denn dieſes ſpricht nur von Verwendungen auf die Früchte des erſten

§. 36. Und ſo endlich ſpricht auch noch das für unſre Erklärung, daß ihr Reſultat daſſelbe iſt, was nach dem Obigen folgerecht anzunehmen war, wenn man die Papinianiſche Behandlung für unerklärlich halten müßte. Wir laufen hier wenigſtens für das geltende römiſche Recht keine Gefahr, und können Papinians Rede vollaus gelten laſſen, was ſie im Zuſammenhang ſchlechterdings gelten muß, und weiter gehn wir unſrer Erklärung zu Gefallen nicht.

§. 37. Wichtig iſt auch noch die Frage: in wie fern können Beliebungen der Ehegatten in dieſem Vertheilungsrecht des letzten Jahrs etwas ändern? Hier taucht das erſte Princip, daß der Mann die von ihm geernteten Früchte haben ſoll, wieder auf. Sehen wir von einer beſondern Begünſtigung und Bereicherung des erſten Totaljahrs hinweg, ſoll alſo dieſem nur ein reines Fruchtjahr zugeſellt werden, ſo kann dem Manne der ihm nach dem Recht gebührende Antheil an der percipirten Frucht gar nicht durch vorgängigen Vertrag entzogen werden. Was nach dem Obigen von der ganzen Regel gilt, muß auch von dieſer Anwendung gelten. Daher faßt Paulus R. S. II. 22. §. 1. beides zuſammen:

„Fructus fundi dotalis constante matrimonio percepti lucro mariti cedunt, etiam pro rata anni eius, quo factum est divortium *).“

Dagegen kann zum Vortheil der Frau gültig ausgemacht werden, daß die noch zur Zeit der Trennung hängenden Früchte des letzten Ehejahrs nicht zur Theilung kommen ſollen **), woraus denn ſchon durch das natürlichſte Argumentum a contrario rückwärts jenes folgt. Iſt nun aber

Jahres, und dieſe müſſen freilich wohl immer berückſichtigt werden; auch nicht L. 6. eod., denn dieſe ſagt nur, daß das letzte juriſtiſche Jahr immer da anfängt, wo das erſte.

*) Vergl. S. 28. 29.

**) L. 31. D. de pact. dotal. (Scaevola). Si inter virum et uxorem convenit, ut extremi anni matrimonii fructus *nondum percepti* mulieris lucro fiant, huiusmodi pactum valet.

dieß ausgemacht worden, ſo tritt denn jener Grundſatz in voller Ausdehnung ein, da die ihm entgegenſtehende particuläre Billigkeit durch Vertrag entkräftet iſt, d. h. der Mann gibt nun auch nicht von den percipirten pro rata temporis ab. Das iſt nirgends geſagt, aber es verſteht ſich von ſelbſt. Nur wenn ſich in concreto zeigt, daß dieß zum Nachtheil der Frau ausſchlägt, muß, da die Frau nicht ihre Dos verärgern darf, vom Vertrag abgegangen werden, da denn wieder die Billigkeit dem Princip in ſo weit entgegenwirkt.

§. 38. Eine eigentlich hiervon unabhängige Frage iſt es, wie die Verwendungen auf die Früchte erſetzt werden müſſen, obgleich die beiden Fragen in unſrer L. 7. sol. matr. durch einander geflochten worden ſind, was eben nicht ſehr zum leichten Verſtändniß beyträgt. Aber gewiß iſt darnach und nach L. 8. §. 1. eod., daß was immer der Mann oder die Frau auf die Erzeugung oder Einerntung der Früchte verwandt habe mag, ſowohl von der ganzen Theilungsmaſſe als von dem abgezogen werden muß, was der eine Theil abgeſondert an Früchten bekommt, zuerſt von den Früchten, worauf die Verwendung geſchehen, wo dieſe aber vielleicht nicht hinreichen, von dem Uebrigen, „quia totius anni unus fructus est.“

V. Juſtinianiſches Recht und Uſus modernus.

§. 39. Juſtinian hat die Berechnung pro rata novissimi anni, gewiß ſo wie ſie in die Pandekten aufgenommen worden, noch ausdrücklich in L. un. C. de rei uxor act. §. 9. anerkannt. Die Veränderungen, die er im Ius dotium gemacht hat, konnten dieß auch nicht ändern, namentlich daß er, wie ich noch immer glaube, obgleich dem noch neulich widerſprochen worden, das Eigenthum an den Dotalſachen nach L. 30. C. de iure dot. nun ipso iure bey Trennung der Ehe auf die Frau übergehn läßt; denn daß darnach der Mann

nun auch die Früchte nach aufgehobener Ehe nicht bloß nicht mehr lucrirt, ſondern auch nicht mehr acquirirt, kann auf ſeine Reſtitutionsverbindlichkeit und alſo auf die Vertheilung im letzten Jahr keinen Einfluß haben. Sonſt iſt er allerdings dadurch dem Ususfructus maritalis etwas näher gekommen, aber nur von hinten, von vorne iſt noch immer der charakteriſtiſche Unterſchied, daß die Dos immer ſpeciell beſtellt wird, der eheliche Nießbrauch aber ipso iure eintritt. Daher iſt bey dem letzteren freilich kein ſo ſtarker Grund in dem Fall der L. 7. §. 1. sol. matr., eine von der Frau beabſichtigte Verdoppelung der Frucht für das erſte Dotaljahr anzunehmen, und daher pro rata temporis auch die papinianiſche Vertheilung gelten zu laſſen, aber doch ein hinreichender, denn die Frau konnte die Heirath bis nach der Ernte zurückhalten, oder durch Vertrag eine andre Einrichtung machen, was ihr ſo gut frey ſtehn muß, als ſich Sachen ganz vorbehalten. Im übrigen kann es gar keinen Zweifel leiden, daß die Vertheilung, ſo wie ſie nach dem Obigen bey der römiſchen Dos geſchieht, auch hier anwendbar und die beſte iſt, und ſich daher auch der Legislation am meiſten empfiehlt. Ein relatives oder abſolutes Mitteljahr hier anzunehmen, dazu iſt ſchlechterdings kein Grund vorhanden, ja dieß muß nicht ſelten auf Unbilligkeit führen, da die Compenſation zwiſchen guten und ſchlechten Jahren, die im übrigen dem Zufall überlaſſen wird, dadurch geſtöhrt wird. Bey eigentlicher Gütergemeinſchaft, verſteht ſich, muß, ſo weit dieſe reicht, die endliche Auseinanderſetzung nach ganz andern Regeln getroffen werden.

Bemerkungen

über das juriſtiſche Wörterbuch des B. Briſſonius, ſo wie über die Vorarbeiten und ſpätern Ergänzungen deſſelben.

Von

Herrn Geheimen Juſtizrath und Profeſſor Dirkſen
in Königsberg.

Bei dem Studium des ſo denkwürdigen Abſchnittes der Literär-Geſchichte des Civilrechts, welcher das geſammte ſechszehnte Jahrhundert und einen Theil des ſiebzehnten umſchließt, bietet ſich die erfreuliche Wahrnehmung dar, daß das Bedürfnis zu wißenſchaftlichen Unternehmungen, die beſtimmt waren, dem gründlichen Studium der Quellen des poſitiven Rechts in deßen ganzem Umfange Vorſchub zu thun, von den verſchiedenſten Seiten anerkannt wurde, und daß zur Abhülfe deſſelben die Thätigkeit der ausgezeichnetſten Rechtsgelehrten mitwirkte. Daher iſt auch wol ſchon in der damaligen Zeit über die Priorität eines literäriſchen Planes und deſſen Ausführuug lebhaft geſtritten worden [1]). Beſondre Schwierigkeit aber hat es für uns, das Verhältnis genau zu beſtimmen, in welchem verſchiedene gleichzeitige Unternehmungen der bezeichneten Art zu einander ſtehn. Soll das Gelingen

1) Am nächſten liegt hier das Beiſpiel von des Briſſonius Werk *de formulis populi rom.* Vergl. die *Scaligerana* v *Brissonius.* pag. 67. Colon. 1695. 8. Treckell in der Praefat. pag. X. zu ſeiner Ausgabe der *Opp. minor.* des Briſſonius. Lugd. B. 1747. F. und Haubold *Inst. I. R. literar.* T. I §. 35. No. LX. No. LXIX. p. 65. p. 73.

eines ſolchen Verſuches nicht unnöthigerweiſe erſchwert werden, ſo muß man ſich von dem Beſtreben der neuern Zeit entfernt halten, die Erſcheinungen in der juriſtiſchen Literatur auf beſtimmte Individuen zurückzuführen, wodurch beinahe einer jeden wißenſchaftlichen Entdeckung von einiger Erheblichkeit der Anſchein einer Offenbarung zuwächſt. Man wird vielmehr vorurtheilsfrei zu prüfen haben, inwieweit die Leiſtungen eines jeden Individuums durch die Bildungsſtufe ſeines Zeitalters bedingt erſcheinen, und ob der Einzelne den von ſeinen Zeitgenoßen ihm überlieferten Stoff auf eigenthümliche Weiſe fortgebildet, oder zu künftiger Entwicklung gründlich bereitet hat. Bei einem ſolchen Verfahren kann es uns nicht lange verborgen bleiben, wie ſehr im Laufe des ſechszehnten und ſiebzehnten Jahrhunderts die Leiſtungen der ausgezeichnetſten Civiliſten, und ſogar derjenigen, die einander feindlich gegenüberſtanden, von den Beſtrebungen ihrer Vorgänger und Zeitgenoßen abhängig erſcheinen. Freilich gewinnt man dieſe Ueberzeugung nicht aus den eignen Aeußerungen der betheiligten Perſonen, und am wenigſten durch die Lectüre der Vorreden zu ihren Werken, indem dieſe, meiſtens in die Form bloßer Zueignungsſchreiben an einen namhaften Zeitgenoßen gekleidet, ſich mehr mit der Perſon als mit der Sache beſchäftigen; indeß eine genaue Vergleichung des Inhalts dieſer Schriften wird ſelten verfehlen einen befriedigenden Aufſchluß über den in Frage ſtehenden Punkt zu gewähren.

Eine Prüfung der ſo eben bezeichneten Art iſt in Beziehung auf die Schrift des Briſſonius *de verborum, quae ad ius civile pertinent, significatione* zur Zeit noch nicht unternommen worden, und dürfte gerade hier am wenigſten überflüßig ſeyn. Briſſonius ſelbſt hat ſich über den Plan ſeines Werks nur höchſt unbeſtimmt, und über deßen Verhältnis zu andern gleichnamigen Unternehmungen ſo gut wie gar nicht ausgeſprochen [2]). Dieſer Umſtand, verbunden mit

2) Vergl. das Dedicationsſchreiben an Nic. Pelleveus, welches

der Gediegenheit ſeiner Leiſtungen, hat die ſpätern Literatoren, und insbeſondre die ſpätern Herausgeber ſeines in Frage ſtehenden Werks, zu der Annahme verleitet, von Briſſonius ſei alles irgend brauchbare aus der damals ſchon vorhandenen Literatur benutzt worden, und man könne ſich gebührend auf die Prüfung der wenig fruchtbringenden Unterſuchungen beſchränken, welche die Nachfolger dieſes trefflichen Rechtsgelehrten in dem Gebiete der juriſtiſchen Terminologie angeſtellt haben. Ueberdem glaubte man der Vorausſetzung vertrauen zu dürfen, daß bei der Benutzung der Rechtsquellen die Reſultate des Fleißes von Briſſonius nur durch die nachträgliche Ergänzung einiger zufällig überſehener Ausdrücke, oder einzelner Bedeutungen eines Ausdruckes, fähig und bedürftig ſeien, ohne daß man zu dieſem Zwecke eine Ausbeute aus den Arbeiten der mit Briſſonius gleichzeitigen Lexicographen erwartete. Ein ſolches Glaubensbekenntnis hat insbeſondre die Verfaßer der ſpätern Ergänzungen zu der Schrift unſres Autors geleitet. Heineccius konnte ſich zwar nicht mehr ausdrücklich darüber erklären, und es wäre unbillig ſein Verfahren nach dem, nicht eben mit ſichtbarer Sachkunde entworfenen Bericht eines dritten [3]) verdammen zu wollen; allein die Prüfung des Inhalts ſeiner Zuſätze, deren vollſtändige Zurichtung zum Druck er noch erlebt hat [4]), läßt kaum einen Zweifel daran, daß auch Heineccius jener Anſicht gefolgt ſei. Die Leiſtungen von Wunderlich [5]) geben den nehmlichen einſeitigen Plan zu erkennen, und ſtehen überdem in der Ausführung bedeutend den Verſuchen jener Vor-

ſämtlichen Ausgaben des Briſſonſchen Werkes vorgedruckt iſt. (In der Ausgabe von Heineccius p. XLIV. 59. der Praefat.)

3) J. H. Böhmer in d. Praefat. zu der Ital. 1743. in 2 Voll. F. erſchienenen Heineccius'ſchen Ausgabe des Briſſonſchen Lexicons. §. 17 — 25. XXXIX — XLII.

4) Ebendaſ. §. 25. p. XLI. 59.

5) Vergl. das von A. W. Cramer in deßen *Specimen I. supplementi ad Brissonii opus de V. S.* pag. 5. not. a. Kil. 1813. 4. über Wunderlich's *Additamenta ad Brissonii opus etc.* Hamb. 1778. F. ausgeſprochene Urtheil.

gänger nach. Derjenige unter den jetzt lebenden Juriſten, der ſeinen Beruf zu Ergänzung des Wörterbuches von Briſſonius ſo glänzend bewährt hat [6]), iſt dem Publikum die verheißene zuſammenhängende Würdigung der terminologiſchen Leiſtungen des Briſſonius und der Vorgänger deſſelben zur Zeit noch ſchuldig geblieben, und unter dieſen Umſtänden wird es nicht unpaßend oder zudringlich erſcheinen, wenn ein minder Unterrichteter ſeine Zweifel über die gangbaren Vorſtellungen von den Vorzügen und Gebrechen des Briſſonſchen Werkes, ſo wie über die Zweckmäßigkeit des Verfahrens der Ergänzer deßelben mehr aphoriſtiſch als in gebundener Form zur Sprache bringt. Möge der künftige Herausgeber des in Frage ſtehenden Lexicons (und dieſem eben ſo ſchwierigen als verdienſtlichen Unternehmen dürfen wir wol wünſchen, daß es in die geſchickteſten Hände falle!) die folgenden Bemerkungen der Berückſichtigung nicht unwerth halten, und möge die Stimme competenterer Richter über den hier zu beſprechenden Gegenſtand bald vernommen werden!

Unſre Unterſuchung zerfällt in die folgenden Fragepunkte: bis zu welchem Punkt fand Briſſonius das Feld der juriſtiſchen Terminologie in der Cultur ſchon vorgerückt? welches ſind die Eigenthümlichkeiten des, ſeinem Werke zum Grunde liegenden Planes, und inwiefern iſt er in der Ausführung demſelben überall treu geblieben? ſind die Nachfolger des Briſſonius auf dem, von dieſem Autor bezeichneten Wege vorgeſchritten, oder haben ſie vielmehr nur in die Breite ſtrebend, ſich von der durch ihn angegebenen Richtung entfernt?

Die Momente zur Ermittelung des eigenthümlichen Planes von Briſſonius können in Ermangelung eigener Benachrichtigung durch den Verfaßer nur aus dem Werke ſelbſt, und aus der Vergleichung von deßen Inhalt mit früheren oder gleichzeitigen Unternehmungen derſelben Art entnommen werden. Daraus folgt freilich noch nicht die Nothwendigkeit

6) A. W. Cramer a. a. O. pag. 10.

einer zuſammenhängenden Erörterung der Chronologie aller ältern juriſtiſchen Wörterbücher; indeß der Aufgabe können wir uns nicht entziehn, den von den Literatoren beſtrittenen Zeitpunkt des erſten Erſcheinens von des Briſſonius Lexicon genau zu beſtimmen; denn es iſt dieſe Vorerinnerung von dem unmittelbarſten Einfluß auf die gleich weiter zu verfolgende Erörterung des Zuſammenhanges zwiſchen den terminologiſchen Leiſtungen unſres Autors und denen ſeines Zeitgenoßen Franc. Hotomanus.

Die Angaben von J. H. Böhmer [7]) über dieſen Gegenſtand ſtecken voll unbegreiflicher Nachläßigkeiten, und der Bericht des Struve [8]) iſt weder zuverläßiger noch vollſtändiger. Mehr Vertrauen verdienen die gelegentlichen Aeußernngen von Treckell a. a. O. S. 16. fg. Dieſer berichtet, daß, wegen des mangelnden Datums unter dem Zueignungsſchreiben des Briſſonius an den Biſchof Nic. Pelleveus, das Jahr zweifelhaft ſei, in welchem die editio princeps von dem Lexicon des erſtern erſchienen. Die Angabe, daß ſie zu Frankfurt im J. 1557 an's Licht getreten, könne nicht als hinreichend verbürgt, und bei den bekannten localen Verhältnißen, in denen der Verfaßer lebte, der Ort der Herausgabe nicht einmal als wahrſcheinlich betrachtet werden: ſodann werde eine zweite Frankfurter Ausgabe vom Jahre 1578

7) Dieſer nennt a. a. O. §. 14. p. 37. von unſerm Werk Frankfurter Ausgaben von den Jahren 1557. 1558. 1587. 1583., ſodann die Pariſer Ausgabe von 1596. und eine Leipziger von 1721. Schon Treckell a. a. O. hat bemerkt, daß die Frankfurter Ausgabe von 1558. keine andre als die von 1578. ſeyn könne; allein auch die Bezeichnung der Ausgaben von 1557. und 1583. beruht auf einem Irrthum, wie ſogleich gezeigt werden ſoll.

8) *Bibliotheca iuris selecta.* ed. *Buder.* Jen. 1743. 8. Hier werden in c. 7. §. 109. p. 262. von dem Werke des Briſſonius nur genannt die *editt. Paris* 1596. F., die *Francof.* 1578. F. und die Ausgabe des Heineccius. In c. 10. §. 6. p. 361. lieſt man aber: Praestantior vero (sc. editione Parisiensi a. 1596.) est editio, quam *Fr. Modius* procuravit Francof. 1587. F. et Lips. 1721. F. was um ſo mehr befremdet, da die Ausgabe des Modius blos die erſte Originalausgabe wiedergiebt, die an Vollſtändigkeit hinter der *edit. Paris. posthuma* weit zurückbleibt.

erwähnt, deren Identität der Berichterstatter, in Ermangelung eigner Einsicht eines Exemplars, zwar unangefochten zugleich aber auch unentschieden laßen wolle. Als bestimmt existirend seien ihm dagegen bekannt geworden eine zu Frankfurt im J. 1587 durch Franc. Modius besorgte Ausgabe, ingleichen die von Brissonius selbst revidirte und vermehrte editio posthuma Paris. 1596. F., welche zu Genf 1615 und zu Frankfurt 1657 nachgedruckt worden sei, auch die Grundlage der, mit den Zugaben von J. O. Tabor und Jo. Christi. Itter ausgestatteten Ausgabe bilde, die zu Frankfurt 1683 und 1697 so wie zu Leipzig 1721 erschienen seien, an welche sich die bekannte Ausgabe von Heineccius schließe.

Ueber die eigentliche editio princeps kann nichts desto weniger kein gegründeter Zweifel obwalten. Es ist die vor mir liegende Lyoner Ausgabe vom J. 1559 F. (excud. *Joann. Tornaesius* Typograph. reg.) [9]). Zur Bestätigung dieser Annahme dient weniger die unterlaßene Erwähnung einer frühern Ausgabe auf dem Titelblatt, als vielmehr die Vergleichung des hier allein beigedruckten, und in den Frankfurter Nachdrucken geflißentlich nicht erwähnten königlichen Privilegiums, auf welches die Schlußbemerkung des Titels besonders Bezug nimmt. Zwar ist dies Privilegium vom 17ten Febr. 1557 ausgefertigt, und mag den Anlaß zu der Behauptung gegeben haben, daß dies der Zeitpunkt des Erscheinens der ersten Ausgabe gewesen sei; allein es schließt dasselbe; außer unserm Wörterbuche, auch noch die *Libb. IV. selectarum antiquitatum*, so wie die Monographieen *ad Legem Juliam de adulteriis* und *de solutionibus et liberationibus* des nehmlichen Verfaßers in sich, mit dem Bemerken, daß derselbe diese Schriften allmählich ausgearbeitet habe, aber durch die Fahrläßigkeit und den Eigennutz der Buchdrucker verhindert worden sei sie früher bekannt

9) Richtig ist diese Ausgabe bezeichnet in Warnkönig's *Commentar. I. R. priv.* T. i Introd. c. 4. pr. p. 121. Leodii 1825. 8.

zu machen [10]). Freilich ſcheint wiederum der Umſtand einiges Bedenken zu erregen, daß dieſer Lyoner Ausgabe von 1559 ein, auch auf dem Titel erwähnter *Appendix praetermissarum quarundam vocum*, und der *Liber singularis Parergõn*, beigegeben iſt; was man geneigt ſein könnte, als die Vervollſtändigung einer frühern lückenhaften Publication zu betrachten. Indeß der *Liber Parergõn* iſt, wie aus des Verfaßers kurzem Vorworte an Franc. Alemantius erhellet, gleichzeitig mit dem Werke *de verborum significatione* erſchienen; und daß der *Appendix praeterm. vocum* nur Nachträge enthalte, welche Briſſonius während des Druckes ſeines Werkes Veranlaßung gefunden hatte zu machen, geht nicht blos aus manchen Einzelheiten des Inhalts [11]), ſondern vornehmlich auch daraus hervor, daß dieſe Nachträge lediglich bis gegen die Mitte des Alphabets reichen, indem ohne Zweifel für die zweite Hälfte des Werks der Druck langſamer vorſchritt, und das unmittelbare Aufnehmen der Nachträge in den Text verſtattete. Beſonders entſcheidend für die obige Vorausſetzung iſt es ferner, daß der erſte Frankfurter Abdruck des Briſſonſchen Wörterbuchs vom Jahre 1578 (impr. p. *Joann. Fabricium*, impens. *Sigism. Feyerabend.* Fol.) ausdrücklich erinnert, es ſei dasſelbe früher zu Lyon im Druck erſchienen, und daß bei genauerer Vergleichung ſich dieſe Frankfurter Ausgabe als einen bloßen Nachdruck jener Lyoner vom J. 1559 bewährt [12]). Das nehmliche gilt von der zweiten, durch Fr. Mobius beſorgten Frankfurter Ausgabe, (unter dem

10) Daher erledigt ſich das Bedenken Treckell's a. a. O. p. 6. p. 16., wie Briſſonius die zuvor genannten werthvollen Schriften, deren Bekanntmachung ſchnell auf einander folgte, in kurzer Zeit habe verfaßen könne.

11) z. B. p. 654, wo ganz außer der Reihenfolge dies eingeſchaltet iſt: Ad ea, quae de verbo *Clausurarum* supera diximus, addi velim etc. ferner p. 661 Erat et in aula Constantinopolitana etc. p. 663. v. *Et quod excurrit*, etc.

12) Die Einrichtung des Druckes iſt genau die nehmliche, und den *Appendix praetermiss. vocum* findet man gleichfalls am Schluße.

Titel *Lexicon iuris, sive de V. S. etc. ap. Jo. Wechelum, imp. S. Feyerabendii.* Francof. 1587. F.) die ohne Grund als beſonders brauchbar von Treckell, Struve a. a. O. u. a. ausgezeichnet wird; denn rechnet man den veränderten Titel und die fremdartige Zugabe andrer Schriften des Briſſonius [13]) ab, ſo bleiben dieſer Ausgabe nicht nur keine eigenthümliche Vorzüge, ſondern ſie hat auch mit den früheren die Unbequemlichkeit gemein, die von dem Verfaßer zur editio princeps nachgetragenen Ausdrücke in einem eignen Anhange am Schluße des Werks zu enthalten.

Stellen wir nun dieſe Arbeit des Briſſonius den gleichnamigen Verſuchen ſeiner Vorgänger gegenüber, ſo dringt ſich uns die folgende Bemerkung auf. Jede gründliche Forſchung im Gebiete der juriſtiſchen Terminologie ſtützt ſich auf die vorbereitende Thätigkeit der Sach- und Wort-Critik in den Quellen des poſitiven Rechts, und kann ebenſowenig der Reſultate entrathen, welche die Exegeſe dieſer Quellen dem hiſtoriſchen und dogmatiſchen Studium des Juriſten liefert, als umgekehrt dieſe der Leitung der Terminologie zu entſagen vermögen. Soll demnach der umfaßende Plan eines juriſtiſchen Wörterbuches zu einem gelungenen Ergebnis führen, ſo muß der Bearbeiter deſſelben ſchon eine hinreichend begründete und möglichſt allgemein verbreitete critiſche Behandlung der Rechtsquellen vorfinden, und die Virtuoſität deſſelben wird ſich in der Anwendung der Reſultate einer ſolchen Behandlung die er übrigens fremden oder eignen Beſtrebungen entnommen haben mag, zeigen können. Die juriſtiſche Literär-Geſchichte bewährt es denn auch zur Genüge, daß zur Zeit eines noch unentwickelten critiſchen Studiums der Rechtsquellen die Verſuche im Gebiete der juriſtiſchen Lexicographie, der Anlage und

13) Außer den *Selectis Antiquitatibus* des Briſſonius ſind auch die *Antiquitates* des Franc. Hotomanus mitgetheilt.

Ausführung nach, gleich mangelhaft erſcheinen; daß ferner bei dem Hervortreten vereinzelter, mehr oder minder gelungener Leiſtungen für Material- und Wort-Critik die terminologiſchen Forſchungen nur wenig gehoben werden; während dieſelben bei der allmähligen Befeſtigung und Verbreitung des critiſchen juriſtiſchen Studiums, und namentlich bei ſolchen Gelehrten, die auch in andern Richtungen ihrer wißenſchaftlichen Beſtrebungen ſich als gründliche Critiker bewährt haben, zur Erkenntnis ihrer Aufgabe gelangen und gediegene Reſultate gewähren. Wir wollen aus der Literatur unſres Faches [14]) nur die vornehmſten Beiſpiele zuſammenſtellen, welche geeignet ſind, eine jede der hier angedeuteten Erſcheinungen zu beſtätigen.

Das namhafteſte unter dieſen Werken der frühern Zeit iſt das *Dictionarium iuris utriusque* des Albericus Roſata. Obgleich in mancher Hinſicht ausgezeichnet vor andern Erzeugnißen jener trüben Periode des ſcholaſtiſchen Rechtsſtudiums, und daher einer rühmenden Anerkennung nicht unwerth [15]), hat es ſich doch der Einwirkung des damaligen Zeitgeſchmacks nicht ganz entziehen können, wovon die Spuren in der Anlage nnd Ausführung des Planes nicht zu verkennen ſind. Dies beweiſt nicht etwa die Vermiſchung des römiſchen und canoniſchen Rechts, ſondern vielmehr die Verbindung des Terminologiſchen und Dogmatiſchen, ſo wie die Abſtraction von dem reinen Inhalt der poſitiven Rechtsquellen, und das entſchiedene Hinneigen zu der Dialectik der ſpätern Gloßatoren und der Stifter der ſcholaſtiſchen Rechtsſtudien. Wenig abweichend in den Hauptpunkten dieſes Planes, obwol mehr auf das römiſche Recht beſchränkt, und im einzelnen der Autorität der Gloßatoren minder ergeben, ſind die

14) Einen ſehr ungenügenden Abriß dieſer Literatur giebt Struve a. a. O. c. 10. §. 6. p. 361. sq.

15) S. Haubold *Inst. I. R. literar.* T. I. Sect. 1. §. 28. No. XXV. p. 43. sq.

Leiſtungen des Anton. Nebriſſenſis [16]) für die juriſtiſche Terminologie.

Wie mit dem Beginne des ſechszehnten Jahrhunderts ſchon Alexander ab Alexandro, und ungleich erfolgreicher der unvergleichliche Andr. Alciatus, dem kritiſchen Studium der Quellen des römiſchen Rechts Eingang zu verſchaffen bemüht waren, iſt bekannt und darf hier nicht weiter erörtert werden; indeß verdient doch die Bemerkung einen Platz, daß dieſe Männer ihre Aufmerkſamkeit auch der juriſtiſchen Terminologie zugewendet haben, obwol nur vereinzelt, und eben deshalb ohne erheblichen Einfluß auf die von andern Gelehrten bald darauf ausgegangenen lexicographiſchen Unternehmungen. Bei Alexandro bietet eine Reihe von Capiteln ſeines bekannten Werks (*Genial. Dierum* Lib. 1. c. 4. c. 15. c. 19. c. 20. Lib. 2. c. 10. c. 30. Lib. 3. c. 1. c. 4. c. 9. c. 10. c. 14. c. 19. c. 25. Lib. 4. c. 15. Lib 5. c. 11. c. 17. Verſuche dieſer Art dar, die freilich von genugſamer Bekanntſchaft mit juriſtiſchen und nichtjuriſtiſchen Quellen der römiſchen Literatur zeugen, allein wegen mangelhafter Texteskritik bisweilen die unzulänglichſten Reſultate enthalten [17]). Die terminologiſchen Forſchungen des Alciatus ſind in deßen

16) *Lexicon iuris civilis adversus quosdam insignes Accursii errores.* Salmant. 1506 F. S. Haubold a. a. O. §. 31. No. XXXIV. p. 50. Der daſelbſt erwähnten Ausgabe der Nachträge des *Franc. Jametius* (Paris. 1549. 8.) ſcheint die durch Jo. Oldendorp beſorgte Ausgabe (*Lexicon iur. civ.* etc. Marburg 1546. 8.) vorangegangen zu ſeyn.

17) So z. B. a. a. O. Lib. I. c. 20. iſt, mit Bezugnahme auf L. 242. §. 2. *D. de V. S.*, von der Bezeichnung *plumbum in ripa* die Rede. Dieſe Form des Ausdrucks beruht aber blos auf der fehlerhaften Texteslesart: *quod in ripa tegendi causa poneretur*, anſtatt: *quod hypaethri tegendi c. p.* (vergl. A. W. Cramer's Ausg. der *Tit. D. et C. de V. S.* h. l. not. 14. Kil. 1811. 8. Auch verdient zugezogen zu werden A. Alciatus *in Comm. ad. Tit. D. de V. S.* L. 242. Opp. T. I. p. 451. Bas. 1571. F. der im Text *hypethrii* ſetzt, und im Commentar hinzufügt: Sunt qui legant: *id quod in ripa tegendi causa poneretur.* Quod quidem iure verum est — caeterum haec interpretatio antiquorum Codd. lectioni non congruit, in quibus apertissime legitur: *id quod hypaethrii tegendi c. p. contra esse.*)

zahlreichen und mannichfaltigen Schriften zerstreut und obwol nicht leicht eine von diesen den Leser ohne Ausbeute für unsern Zweck läßt, so dürften doch die *Libri Paradoxorum, Praetermissorum,* (in deren erstem Buche der Verfasser eine Zusammenstellung und Erklärung ungewöhnlicher juristischer Ausdrücke in alphabetischer Folge zu geben versucht hat), *Parergōn,* (z. B. in Lib. 2. c. 25. c. 26.) die *Adnotatiunculae in III. posteriores Codicis libros,* und der Commentar zum *Tit. D. de verb. signif.* verhältnismäßig die reichhaltigsten Resultate für die Lexicographie gewähren. Eigenthümlich diesen Schriften ist die vorherrschende Richtung auf Critik des Textes der Quellen, und was auch an deren Resultaten schon von den Zeitgenoßen und unmittelbaren Nachfolgern des Alciatus nicht ohne Grund ausgesetzt seyn mag, so ist doch keineswegs in Abrede zu stellen, daß theils mancher für die Terminologie brauchbare Text mit Besonnenheit gegen scheinbare Verbeßerungen vertheidigt [18]), theils der von diesem Autor aus alten trefflichen Handschriften der Justinianischen Rechtsbücher zusammengetragene critische Apparat von Varianten noch lange nicht ausgenutzt ist [19]). Daß ein also begonnenes critisches Studium der Rechtsquellen, selbst nachdem Haloander's Bestrebungen demselben weitern Vorschub geleistet hatten, noch der Befestigung und fernern Verbreitung bedurfte, erhellet aus den in die erste Hälfte des sechszehnten Jahrhunderts fallenden lexi-

18) Vergl. z. B. dasjenige, was derselbe *Parerg.* Lib. 10. c. 20. (*Opp.* T. II. p. 456. sq.) zur Vertheidigung der Lectio Vulgata: *gemina pietas* in L. 3. *D. de lib. hom. exhib.* gegen die früher von ihm selbst gebilligte Emendation: *genuina pietas,* zur Sprache gebracht, und wovon Brissonius *de V. S,* v. *genuinus* keine Notiz genommen hat.

19) Wie oft haben Gebauer und Spangenberg in ihrer Ausgabe des *Corp. I. Civ.* eine von Alciatus begründete Emendation dem Haloander, oder andern Critikern, beigelegt. Sogar Cramer a. a. O. Praefat. p. XLIII. not. XX. hat mit Bedauern bemerken müßen, daß ihm die an seltnen Textesvarianten besonders reiche, ältere Ausgabe des *Comm. ad Tit. D. de V. S.* von Alciatus nicht zugänglich gewesen sei.

cographiſchen Unternehmungen. Das Werk des Jac. Spiegel [20]), obwol dem Anfange nach von dem Plane des Albericus Roſata abweichend, und mannichfach Bezug nehmend auf die Beiträge von Alciatus, Budäus, Zaſius, Haloander u. a. für Critik und Exegeſe der römiſchen Rechtsquellen, iſt doch materiel mit jenem Plane des Albericus nur gar zu ſehr verwandt, indem auch hier der unmittelbaren Anſchauung der Quellen die Anſichten einzelner Ausleger untergeſchoben ſind, und das Ganze die unerfreuliche Erſcheinung einer uncritiſchen Compilation gewährt. Minder trifft dieſer Vorwurf die Arbeit des Oldendorp [21]), die ungleich mehr auf die Quellen des römiſchen, wiewol nur des Juſtinianiſchen, Rechts zurückgeht, freilich aber von Seiten der Vollſtändigkeit und der Sichtung der Materialien vieles zu wünſchen übrig läßt, auch dadurch ſich weniger empfiehlt, daß der Plan des Ganzen über die Grenzen der grammatiſchen Erörterung hinausreicht, und, obgleich höchſt unvollſtändig, den Forderungen zu genügen ſucht, die man an ein Real-Lexicon machen darf. Anders geſtaltete ſich die Sache, als bei der bald darauf erfolgten ſchnellen Förderung und Verallgemeinerung der humaniſtiſch-juriſtiſchen Studien ſich ſolche Männer der juriſtiſchen Lexicographie widmeten, deren juriſtiſches Wißen aus der vertrauteſten Bekanntſchaft mit den römiſchen Rechtsquellen hervorgegangen war, und die ihren Beruf für critiſche Studien im Gebiete der Rechts-Doctrin mannichfach bewährt hatten. Als ſolche treten hier Franc. Hotomanus und Barn. Briſſonius hervor. Die bekannten lexicographiſchen Werke derſelben ſind gleichzeitig und unabhängig von einander entſtanden; ſo wie ſie

20) Die zweite, von mir verglichene, Ausgabe iſt betitelt: *Lexicon iuris civilis, ex variis probatorum auctorum commentariis congestum, iterum recogn.* Argentor. 1541. F.

21) *De copia verborum et rerum in iure civ. — per Joan. Oldendorpium.* Colon. 1542. F. Die Epistola nuncupatoria des Verfaßers an den Magiſtrat zu Nürnberg iſt unterzeichnet: *Ex colonia Agrippina postr. Cal. Ianuar.* 1542.

aber durch sehr wesentliche Merkmale sich unterscheiden, so stimmen sie doch darin überein, daß sie mit dem Plan und der Methode der ältern lexicographischen Unternehmungen wenig oder gar nichts gemein haben.

Daß Hotoman die Arbeit des Brissonius nicht habe benutzen können, läßt sich schon nach der Chronologie beider Werke erweisen. Die erste Ausgabe von des Hotomanus *Commentarius verborum iuris* ist vom Jahre 1558, die zweite sehr wesentlich vermehrte Auflage aber, welche den sämmtlichen spätern Ausgaben zum Grunde liegt, erschien bereits im folgenden Jahre, also gleichzeitig mit der editio princeps des Wörterbuches von Brissonius [22]). Eher könnte man den Einfluß des Hotomanschen Unternehmens auf die Arbeit des Brissonius behaupten; denn wenn man auch die Aeußerung des letztern in dem Zueignungsschreiben an Pelleveus über gleichzeitige lexicographische Leistungen andrer nicht auf das Werk des Hotomanus beziehn will, so scheint doch der Umstand entscheidend zu seyn, daß der *Appendix praetermissarum vocum* zur editio princeps bei Brissonius mehrere bei Hotomanus vorkommende Ausdrücke enthält, und daß die zweite Original-Ausgabe der Schrift *de verbor. significat.* beinahe vierzig Jahre nach der Bekanntmachung des *commentar. verbor. iur.* des zuletzt genannten Autors erschienen ist. Indeß jene Zusätze im Appendix der editio princeps enthalten eine große Anzahl von Worten, welche Hotomanus ganz übergangen hat, und auch da wo dieselben mit den bei Hotomanus aufgenommenen Ausdrücken zusammentreffen, ist die Ausführung einerseits reichhaltiger, und andrerseits von den eigenthümlichen Zugaben und Deutungen dieses Lexicographen ganz entkleidet, so daß Brissonius füglich diese Materialien aus einem erneuten Quellenstudium allein hat schöpfen können, um so mehr, da

22) Vergl. des Hotomanus eigne, *Argentor.* XV, Kal. Septemb. 1558 unterzeichnete, Vorrede (*Opp.* T. III. in f. Genev. 1599. F.) und das Vorwort des Lectius (ib. T. I. P. 2. p. 447.)

die vollendete Arbeit erſt nach Verlauf einiger Jahre in Druck erſchienen iſt (S. oben not. 10). Die nach des Briſſonius Tode erſchienene zweite Originalausgabe ſeines Werks verdankt ihre unleugbaren Bereicherungen eben ſo wenig der vorzugsweiſen Einwirkung von des Hotomanus *commentarius* [23]). Denn es fehlt darin eine nicht unerhebliche Anzahl von Ausdrücken die Hotomanus anerkennt, und deren Berückſichtigung auch Briſſonius, nach der Beſchaffenheit ſeines Planes nicht wohl hätte umgehn können [24]). Wie dem aber auch ſei, ſo geht aus der Vergleichung beider Werke zur Genüge hervor, daß die Einwirkung des Hotomanſchen Unternehmens auf das des Briſſonius eine blos theilweiſe und höchſt untergeordnete geweſen ſeyn müßte, daß jeder von beiden Verfaßern eine eigenthümliche Richtung verfolgt hat, und daß da, wo Plan und Methode derſelben auffallend übereinſtimmen, der allgemeine Standpunkt des critiſch-juriſtiſchen Studiums in der damaligen Zeit den Impuls dazu gegeben haben mag.

23) Ueber den Antheil, den Briſſonius ſelbſt an dieſer neuen Ausgabe gehabt, giebt die Zueignung der Editoren an König Heinrich IV. (abgedruckt bei Heineccius T. I. Praef. p. XXXV. sq.) keinen Aufſchluß. Daß der Verfaßer eine gänzliche Umarbeitung der erſten Ausgabe gewünſcht, und auch wol eingeleitet hatte, erhellet aus deßen eigner Aeußerung in dem Werk *de Formulis* Lib. 2. c. 74. a. E. A prudentibus quoque SCta his potissimum verbis: *Senatus censuit*, signari notarique sciunt, qui Pandectas legendo contriverunt; ceteram multitudinem libros meos, quibus verborum ad ius pertinentium significationes exposui, adire iubeo, non ante tamen quam illi a me recogniti togaque virili sumta in publicum prodeant. Interim namque testatum volo, abortivum illum foetum nulli magis quam ipsi parenti displicere. Derſelbe ſcheint indeß bei ſeinem Tode noch vieles unvollendet gelaßen zu haben. S. Itter in der Praefat. ad lectorem zu der von ihm veranſtalteten Ausgabe Francof. 1683. F. Id nunc dicam, vix tertiam partem eorum, quae in postrema a *Pet. Brederodio* (qui sublato inter opus nefaria carnificis manu *Brissonio*, quod restabat a dictione *Princeps* ex adversariis et schedis illius collegit digessitque), curata et Parisiis anno 1596. excusa editione habentur, suo operi *Calvinum* inseruisse, sed neglexisse pleraque.

24) Davon wird unten, bei der Prüfung des von Heineccius in ſeinen Zuſaßen übergangenen, gehandelt werden.

Beide Autoren unterſcheiden ſich von den frühern Lexicographen durch den gemeinſamen Vorzug daß ſie den römiſch-juriſtiſchen Sprachgebrauch frei von der Einmiſchung der, durch die Gloßatoren und Scholaſtiker hineingetragenen, ſtörenden Beziehungen, aus einer unmittelbaren und möglichſt umfaßenden Anſchauung der Quellen zu entwickeln bemüht ſind, ohne ſich dabei auf die Rechtsbücher Juſtinians zu beſchränken; daß ſie zwar einerſeits eignen und fremden Beſtrebungen zur Berichtigung des Textes der benutzten Quellen nachgehn, dagegen den exegetiſchen und dogmatiſchen Erörterungen der Bearbeiter des römiſchen Rechts nicht das von den früheren Lexicographen ihnen geſpendete unbedingte Vertrauen ſchenken; und daß ſie endlich den verſchiedenen Verbindungen, und den daraus hervorgehenden mannichfaltigen Bedeutungen des nehmlichen Ausdrucks größere Aufmerkſamkeit als ihre Vorgänger zugewendet haben. Beide Lexicographen theilen auch wiederum gewiße Gebrechen, von denen hier nur die unterlaßene Beachtung des Unterſchiedes zwiſchen der vulgären und techniſchen Bedeutung juriſtiſcher Ausdrücke, ſo wie des Wechſels der Bedeutung eines Ausdruckes in verſchiedenen Zeitabſchnitten, ferner die Vernachläßigung der einem Worte entgegengeſetzten Bezeichnungen zur Ermittelung der eigenthümlichen Bedeutung des Ausdruckes in den Verbindungen, die er mit andern einzugehn pflegt, erwähnt werden mögen. Dagegen zeigen ſich die eigenthümlichen Vorzüge und Gebrechen eines jeden einzelnen dieſer Sprachforſcher in Hinſicht auf die genauere Begrenzung und Ausführung ihres Planes. Hotomanus hat keineswegs das Sprachliche vom Sachlichen ſtreng geſchieden. Er äußert gleich zu Anfang [25]), daß ſein Werk manchen Aufſchluß über die Rechts-Alterthümer enthalte; und dies bewährt denn auch

25) In der Vorrede, wo es heißt: Non pauca ex antiquitatibus rom., ad iuris intelligentiam maxime pertinentia, in hunc librum conjecta esse.

die Berücksichtigung antiquirter Ausdrücke, so wie manche antiquarische Digreßion bei der Erklärung gangbarer juristischer Worte. So ist denn auch einiges aus dem nichtjuristischen Formelwesen der Römer, und sogar von ihren Sprüchwörtern, auch aus ihrer juristischen Paläographie, nicht unberührt geblieben, so wie andrerseits bei den Eigennamen vieles herbeigezogen, was der spätern juristischen Literär-Geschichte angehört [26]). In dem wirklichen terminologischen Theil erscheint die gelegentliche Aufführung von Worten aus der mittel-alterlichen Latinität höchst störend [27]); die Berücksichtigung der nichtjuristischen Claßiker hat den Verfaßer bisweilen verleitet, deren Zeugniße bei wirklich kunstgerechten juristischen Bezeichnungen mehr zu beachten als die Berichte strengjuristischer Quellen; sodann auch wol manchen Ausdruck aufzunehmen, deßen juristische Beziehung unerweislich, oder mindestens zweifelhaft ist [28]); während wiederum der Vorrath ächtjuristischer Ausdrücke viel zu sehr beschränkt und nur dem Prägnanten nachgestrebt wird. Auch darf nicht übergangen werden, daß in Bezug auf die Textescritik Hotomanus seinen eignen gewagten Conjecturen viel zu sehr nachhängt [29]), und bei der Aufzählung der mannichfaltigen Verbindungen, ja wol gar bei der Erklärung einzelner Ausdrücke zu Zeiten ein unpaßendes dogmatisches Material einfließen läßt [30]).

26) Z. B. v. *Si sciens fallo.* v. *Non soli Atridae.* Vergl. ferner die Anfangs-Artikel jedes einzelnen Buchstabens. S. auch v. *Aldericus, Alexander, Bartolus, Cynus, Dinus, Felinus, Gratianus, Hugo, Ioannes, Martinus, Odofredus, Petrus, Rofredus, Speculator* etc.

27) v. *Appanagium, Feudum, Licentiati, Morganatica, Retractus.*

28) v. *Abs* in f. v. *Actum est. Anquirere. Caedere pignora.* (vergl. Hotomanus *Antiquitatt. R.* Lib. 1. P. 3. c. 7. *Opp.* T. II. p. 283.) v. *Consponsores.* v. *Flavissae* etc.

29) S. z. B. v. *Aversione.* v. *Calciatum.* v. *Camelasia.* v. *Costum.* v. *Dolo.* v. *Emtionis.* v. *Gestationes.* v. *Inscripti.* v. *Ius sui.* v. *Lumen unicum.* v. *Malitas.* v. *Paragaudae.* v. *Pedules.* v. *Pelliones.* v. *Sobrini* etc.

30) Z. B. v. *Actio.* v. *Exceptio.* v. *Interdictum.*

Anders verhält es ſich mit des Briſſonius Arbeit. Die ſcharfe Abgrenzung des von ihm cultivirten Gebietes bildet die Lichtſeite ſeiner höchſt verdienſtlichen Arbeit, und die nicht zu verheimlichende Schattenſeite derſelben iſt zum großen Theil daher zu erklären, daß der Verfaßer ſeinen Plan nicht überall mit der erforderlichen Conſequenz durchgeführt hat [31]). Er wollte nur für die Ergründung der Terminologie wirken, nicht aber für ein vergleichendes Sprachſtudium zunächſt thätig ſeyn: das Dogmatiſche, ſo wie das Antiquariſche, inſofern es jenem Zwecke nicht unbedingt dienſtbar war, ſollte mit allen ſeinen Anhängen ausgeſchloßen bleiben. Er hatte ja dem Antiquariſchen in den gleichzeitig edirten *selectis antiquitatibus*, der Paläographie und Orthographie aber in dem, ſeiner Schrift *de V. S.* angehängten, *Liber singularis Parergōn* Genüge zu thun geſucht, und mochte hinſichtlich der römiſchen Formelkunde ſchon damals mit dem Plane zu dem ſpäter bekannt gemachten Werke *de Formulis* [32]) umgehn. Dieſe Begrenzung ſeines Unternehmens bewahrte ihn vor manchen der zuvor gerügten Verirrungen des Hotomanus, und gab ſeinem Werke eine intenſive Tüchtigkeit und Vollſtändigkeit, die ungeachtet aller Mängel der Ausführung nie genug gerühmt werden kann. Mit richtigem Tact ging Briſſonius darauf aus, den Sprachgebrauch der römiſchen Juriſten, ſo wie er in Juſtinian's Pandecten vorliegt, nach allen Seiten hin zu erforſchen: die übrigen juriſtiſchen Quellen, der frühern ſo wie der ſpätern Zeit, ſind zwar nicht unberückſichtigt geblieben, doch hätte in ihrer Benutzung allerdings ungleich mehr geleiſtet werden können [33]). Die Auswahl der aufgenommenen Eigennamen

31) Die gelegentliche Anführung überflüßiger und unzureichender Erörterungen hat ſchon Cramer in dem oben (not. 5.) citirten *Specim. Supplementi* etc. pag. 9. gerügt.

32) Die erſte Ausgabe davon erſchien zu Paris im J. 1583. S. Treckell a. a. O. p. 18. und Conradi in der Vorrede zu Bachs Ausgabe des Werks *de Formul.*

33) Vergl. Cramer a. a. O. p. 7. 599.

verdient am wenigſten Beiſtimmung; denn man weiß bei vielen derſelben nicht, aus welchem Grunde ſie berückſichtigt und dagegen andre übergangen ſind [34]). Auch in der Critik des Textes der Quellen und in der Benutzung der Literatur läßt des Briſſonius Sorgfalt manches zu wünſchen übrig; denn, obgleich einer ſtreitigen Lesart bisweilen gedacht, ja wol gar ein eigner Verſuch des Verfaßers zu deren Berichtigung angeſtellt worden [35]), ſo iſt doch beides auch bei ſehr dringenden Veranlaßungen unterlaßen [35 a]), gleichwie eine Bezugnahme auf die reiche Literatur der damaligen Zeit faſt abſichtlich umgangen zu ſeyn ſcheint [36]).

Die bisherige Erörterung der Eigenthümlichkeiten des Planes von Briſſonius, und der Verdienſte ſo wie der Mängel ſeines Werkes, hat die jetzt folgende Prüfung der Frage vorbereiten ſollen: inwiefern die Nachfolger unſres Autors, und insbeſondre die Ergänzer von deſſen Wörterbuch, die eigentliche Tendenz deſſelben richtig aufgefaßt und im Geiſte von deßen Urheber fortgewirkt, oder ob ſie das Streben desſelben gemisdeutet, und einer minder gründlichen Methode der Behandlung dieſes Gegenſtandes Eingang verſchafft haben?

Die Bemerkungen Pet. Faber's zu des Briſſonius Lexicon [37]), welches ſofort bei ſeinem erſten Erſcheinen die

34) So ſind z. B. auch die minder bedeutenden der von Pomponius in L. 2, *D. de O. I.* genannten Juriſten, ja ſelbſt Cicero, berückſichtigt, während man nach Juſtinian und Tribonian vergebens ſucht. Von dem Verfaßer des *Codex Hermogenianus* wird geſprochen, nicht aber von dem des *Gregorianus*.

35) Vergl. den in der editio princeps des Briſſonſchen Wörterbuchs gleich zu Anfange vorkommenden *Index locorum, quae in his commentariis emendantur.*

35 a) Das nähere darüber unten, bei der Prüfung der von Heineccius in ſeiner Ausgabe begangenen Verſtöße.

36) S. z. B. v. *Citare* z. Anf. v. *Coactilia* z. Anf. v. *Coloba*, v. *Musivarius* z. Anf. u. ſ. w.

37) S. deßen *Notae ad Pauli R. S.* Lib. 2. Tit. 13. §. 1. Lib. 5. Tit. 13. §. 1. Tit. 16. §. 11. (in Meerman's *Thes.* T. VII. p. 698. p. 730. sq.) *ad Ulpiani Fragm.* Tit. 1. Pr. §. 2. not. 3. Tit. 9. §. 1. a. E. Tit. 19. §. 7. not. 9. (ebendaſ. p. 743. 754. 760.).

allgemeine Aufmerkſamkeit erregt hatte [38]), mögen nicht von beſonderm Umfange geweſen ſeyn. Andre Zeitgenoßen haben bei ihren terminologiſchen Forſchungen von dieſem Werke zwar reichlich Gebrauch gemacht, allein ohne in die Eigenheiten von deßen Plan einzudringen, oder gar die in der Ausführung von dem Verfaßer begangenen Verſtöße in deßen Geiſt zu berichtigen. Hieher gehört zuvörderſt die Arbeit des Prateius [39]), die ſich ſelbſt als eine Compilation aus frühern gleichnamigen Unternehmungen über römiſches und canoniſches Recht ankündigt, auch bei näherer Prüfung durchaus als eine ſolche bewährt Zwar ſind Hotomanus und Briſſonius zu Zeiten wörtlich, und ohne Namhaftmachung ihres Antheils, excerpirt, allein gewöhnlich mit Hinweglaßung höchſt weſentlicher Einzelheiten in ihren Mittheilungen. Daneben findet man zum Theil die werthloſeſten unter den ältern Lexicographen geplündert, und die ſonſt noch beigebrachte Literatur enthält gutes und ſchlechtes in uncritiſcher Miſchung. Ein nicht minder ungünſtiges Urtheil iſt über das Lexicon von Sim. Schardius [40]) zu fällen. Es ſchließt ſich dem Plane nach genau an Spiegel's Arbeit an, deßen einzelne

38) Vergl. z. B. Catharinus *Obss.* Lib. 2. c. 13. a. E. c. 24. c. 34. Lib. 3. c. 14. (bei Meerman a. a. O. T. VI. p. 780—782. 786.)

39) *Lexicon iuris civ. et canon., sive potius thesaurus de verborum, quae ad ius pertinent, significatione, Pard. Prateio ex variis collectore.* Lugd. 1567. F. Dies iſt, wie aus dem Datum der Dedication (1ten Decemb. 1566.) hervorgeht, die editio princ., obwol das vorgeſetzte Druck-Privilegium vom 2ten Decemb. 1563. ausgefertigt iſt. In dem *Prooemium ad iuris candidatos* drückt ſich der Verfaßer alſo aus: Hunc autem (thesaurum) potissimum collegi ex *B. Brissonio, Fr. Hotomano,* I.Ctis nostri temporis coryphaeis, et aliis quos subiecta nomenclatura indicabit; (dies ſind die Lexicographen: Albericus, Spiegel, und Oldendorp; von andern Autoren aber: die Gloßatoren, die juriſtiſchen Scholaſtiker, ſodann Alciatus, Coraſius, Duarenus, Cujacius, Budäus, A. Auguſtinus, Zaſius, P. Faber u. a.).

40) *Lexicon iuridicum iuris rom. simul et pontificii, a doctoribus item et practicis in schola atque foro usitatarum vocum penus.* Basil. 1582. F. Dies iſt, wie aus der vorgeſetzten Zueignung erhellet, die editio princ. des, erſt nach dem Tode des Verfaßers im Druck erſchienenen, Werks.

Artikel zum Theil wörtlich copirt ſind, während die Zuſätze aus ſpätern Wörterbüchern, namentlich aus Briſſonius, faſt noch weniger ſorgſam als von Pratejus compilirt erſcheinen. Die Schrift von Pet. Corn. Brederode [41]) giebt ſich ſchon von vorne herein als eine bloße alphabetiſche Zuſammenſtellung der im ſiebenten Buche der Pandecten, ſo wie in andern dem Inhalte dieſes Buches entſprechenden Titeln der Juſtinianiſchen Compilation, vorkommenden einzelnen Ausdrücke zu erkennen, und die Ausführung ermangelt überdem eines jeden genauern Eindringens in den Gegenſtand, ſo daß das ganze Unternehmen mit der Literatur der juriſtiſchen Lexicographie nur in entfernter Verbindung ſteht.

Von den ſpätern Lexicographen: inſofern wir die bloßen Epitomatoren des Werkes von Briſſonius, z. B. den Vicat, ausſchließen, kann nur Jo. Calvinus genannt werden, in deßen weitſchichtiger Arbeit [42]) jede Spur vom Plane des Briſſonius untergegangen iſt. Die Vorrede, mit welcher Herrm. Vultejus die erſte Ausgabe dieſes Werkes begleitet hat, ſpricht unverhohlen aus, daß der Verfaßer lediglich dasjenige habe zuſammentragen wollen, was von frühern Juriſten für die Terminologie des römiſchen und canoniſchen, ſo wie des Lehn-Rechts geleiſtet worden ſei. Wir ſtoßen daher überall auf wörtliche Auszüge aus den Schriften älteren Lexicographen und Literatoren, von denen nicht ſelten ganz widerſprechende Mittheilungen verbunden ſind; von einer unmittelbaren Benutzung der Quellen iſt faſt nirgend die Rede, und es mangeln meiſtens die Beweisſtellen da, wo die benutzten Autoren dergleichen nicht angeführt haben. Es iſt dies unter allen uncritiſchen Compilationen dem Umfange nach die voll-

41) *Specimen novum iuris totius — selectum ex titulis singularibus Inst. Dig. et Cod. de usufructu, de usu et habitat., de oper. et minist. servor.* etc. etc. Atrebat. 1588. 4.

42) *Lexicon iuridic. iuris Caesarei simul et canon., feudalis item, civilis, criminalis, theoretici ac practici* etc. Edit. postrem. Genev. 1653. F.

ſtändigſte; Hotomanus ſo wie Briſſonius ſind darin reichlich geplündert worden, obwol ohne Auswahl und Vollſtändigkeit [43]).

Indem wir nunmehr diejenigen Herausgeber in's Auge faßen, welche das Werk des Briſſonius mit eignen Zugaben ausgeſtattet haben, ſo können wir in Beziehung auf J. O. Tabor und J. A. Itter unſre Betrachtung ſehr in's Kurze ziehn. Die Zuſätze beider, von denen indeß die des zuerſt genannten Editors an Zahl und innerm Gehalt die des andern bei weitem überwiegen, haben, inſoweit ſie von einiger Erheblichkeit ſind, theils die Einſchaltung von Ausdrücken, welche Briſſonius übergangen, theils die Ergänzung einzelner Bedeutungen der bei dieſem Autor ſchon vorkommenden Worte, theils endlich die Anführung einiger Literatur zum Behuf der genauern Erklärung minder gangbarer Bezeichnungen, zum Gegenſtand. Daß in allen genannten Beziehungen dieſe Herausgeber nur auf die Bildung von Zuſätzen aus dem Material andrer, nicht einmal überall benannter, Autoren ausgegangen ſind, ohne auf Beiträge aus eignen Mitteln Bedacht zu haben, mag hier nicht beſonders gerügt werden, indem wir uns füglich auf die Erörterung beſchränken können: ob dieſe Editoren die Auswahl des, aus fremden terminologiſchen Forſchungen ihnen dargebotenen, Materials mit Einſicht und Genauigkeit getroffen, ob ſie dabei eine Uebereinſtimmung mit dem Plane des Briſſonius bezweckt und erreicht, auch wol gar die von demſelben gegen ſeinen eignen Plan begangenen Verſtöße verbeßert haben? Die gewißenhafte Beantwortung dieſer Punkte gewährt keine, das Verdienſt der genannten Gelehrten beſonders hoch ſtellende, Reſultate. Daß denſelben die Ueberzeugung von der Zweckmäßigkeit der Benutzung des Hotomanſchen *commentarius*

43) Dieſe Ausſtellungen gegen das Werk des Calvinus findet man bereits zur Sprache gebracht in Itter's Ausgabe von des Briſſonius Lexicon. Praefat. Francof. 1683.

verborum iuris für Ergänzungen zu des Briſſonius Werk entgangen ſei, kann man nicht geradezu behaupten; denn bei einer Reihe eingeſchalteter Ausdrücke, die bei Briſſonius fehlen, dagegen bei Hotomanus angetroffen werden [44], läßt ſich der Gebrauch von des letztern commentarius kaum in Zweifel ziehn, obwol derſelbe faſt nirgend erwähnt wird: indeß ſo wie einerſeits viele Worte ohne Grund übergangen ſind, die Hotomanus erläutert hat [45], ſo iſt anderntheils in den wirklich beachteten Artikeln deſſelben von Mittheilungen, die hier nicht ſelten genauer und ausführlicher ſind, nur unvollſtändig Gebrauch gemacht worden. Ferner findet man manchen Zuſatzartikel, der ſich als überflüßig bewährt; was insbeſondre von der Auswahl der Eigennamen gilt [46], die aber freilich auch bei Briſſonius ſelbſt nicht beſonders löblich ausgefallen iſt. Der Verſuch, die Erklärung einzelner Bezeichnungen durch das Beibringen von Literär-Notizen zu vervollſtändigen, bot die meiſten Schwierigkeiten dar, und in der Beſiegung derſelben ſind denn auch jene Editoren nichts weniger als glücklich geweſen. Da Briſſonius die reichhaltige Literatur ſeiner Zeit für ſein Unternehmen faſt gar nicht in Anſpruch genommen hat, ſo mußten die neuen Editoren entweder gleich ihm auf eine ſolche, obwol höchſt wünſchenswerthe, Zugabe durchaus verzichten, oder die geſammte ältere und neuere Literatur in den Kreis ihrer Betrachtung ziehen, und mit umſichtiger Critik hervorheben, wie die An-

44) S. die folgenden Artikel bei Hotomanus: v. *Abdicare.* §. 3. v. *Abire* §. 3. v. *Averta*, v. *Consortio*, v. *Epidemetica*, v. *Impilia*, v. *Insularius*, v. *Legulus*, v. *Liber*, v. *Litanias*, v. *Martyrium*, v. *Nosocomium*, *Praestatu iri*, v. *Promulsidarium*, v. *Proreta*, v. *Puella*, v. *Schedia*, v. *Sicilicus*, v. *Speciosus*, v. *Sphaeristerium*, v. *Sycophanteis*, v. *Synditae*, v. *Tanti*, v. *Tepidarium*, v. *Theriaca*, v. *Ventrale*, v. *Viseeratio*, v. *Xenodochia*, v. *Xenon*, v. *Zona*, v. *Zythum.*

45) Derſelben wird zweckmäßiger unten gedacht werden, im Zuſammenhange mit andern von Heineccius übergangenen Artikeln.

46) z. B. v. *Erycius*, v. *Marcellus*, v. *Maria*, v. *Mecaenas*, v. *Nesennius*, v. *Numa Pompilius.* Andres iſt bereis in der Ausgabe des Heineccius unterdrückt, z. B. *Aristoteles* und *Atridae.*

sichten der Ausleger des römischen Rechts von der Bedeutung der einzelnen Ausdrücke sich allmählig entwickelt haben. Leider ist von jenen Gelehrten weder das eine noch das andre gethan, sondern ohne allen Zusammenhang und augenscheinlich auf eine höchst desultorische Lectüre gestützt, bald aus der ältern bald aus der neuern Literatur irgend ein Name beigebracht worden, woraus denn eine sehr ungleichartige Compilation hervorgehn mußte. Der bei Brissonius oft so schmerzlich vermißten Wortcritik haben sich beide Editoren so gut wie gar nicht angenommen.

Vergleichen wir mit diesen Leistungen seiner unmittelbaren Vorgänger dasjenige, was Heineccius für den von ihm behandelten Autor gethan hat, so können wir nicht umhin, deßen Ausgabe ein rühmliches Anerkenntnis zuzugestehn, und offenbar sind von diesem Standpunkte aus die durchaus encomiastischen Beurtheilungen zu erklären, welche Böhmer und Struve a. a. O. so wie andre davon geliefert haben. Allein wir dürfen dabei nicht stehn bleiben, sondern müßen auch hier wiederum weiter zurückgehn und uns die Frage vorlegen: inwiefern hat Heineccius den Plan seines Autors richtig aufgefaßt, ja vielleicht demselben vervollständigt, und die von Brissonius bei der Ausführung seines eignen Planes begangenen Verstöße zu verbeßern gesucht? sodann: inwieweit hat derselbe die ihm zur Benutzung vorliegenden Materialien gewißenhaft für seinen Zweck verwendet? Wir können bei der genauern Betrachtung dieser einzelnen Punkte die vorstehende Rangordnung derselben füglich umkehren, indem die Bewahrheitung der Anschuldigung, daß Heineccius die früheren Lexicographen, und insbesondre das Werk des Hotomanus, nicht nach Gebühr gewürdigt habe, von selbst zu der Ausstellung führt, daß eine sorgfältigere Benutzung dieser Gewährsmänner ihn auf manche Mängel in dem Verfahren des Brissonius aufmerksam gemacht, und ihn zum Theil mit den Mitteln zur Verbeßerung desselben ausgestattet haben würde.

Nun dürfen wir es zunächst schon nicht billigen, daß Hei-

neccius, der die Zugaben der frühern Editoren des Briſſonius, und ſelbſt die werthloſeſten von dieſen, ſeiner Ausgabe einverleibt, und nur zu Zeiten etwas verkürzt hat, durchaus nicht bedacht geweſen iſt, dieſelben durch die Namen ihrer Verfaßer zu unterſcheiden [47]). Denn wenn er auch bisweilen Tabor's Namen dabei anführt, obwol zum Theil da, wo der Name von Itter ſtehn ſollte [48]), ſo hat er doch ungleich häufiger jede Namhaftmachung des Autors vermieden, oder ausdrücklich erklärt: *addit Tabor, vel alius nescio quis* [49]), und wol gar Tabor's Nachweiſungen in dem mit des Heineccius eignem Namen bezeichneten Zuſätzen benutzt [50]). Nicht minder tadelnswerth iſt die Sorgloſigkeit hinſichtlich der Vergleichung der beiden Originalausgaben des Briſſonſchen Werks. Man ſollte faſt glauben, daß Heineccius die editio princeps deſſelben garnicht aus eigner Anſchauung gekannt habe [51]), und auf jeden Fall hat er von ihr nicht den erforderlichen Gebrauch gemacht. Denn wie hätten ſonſt aus dem *Appendix praetermissarum vocum* einige für die Texteskritik nicht unwichtige Bemerkungen ganz unbeachtet bleiben können [52])? oder wie würde Heineccius andre darin vorkommende Worterklärungen ſich ſelbſt beige-

47) Dieſe Nachläßigkeit iſt um ſo unbegreiflicher, da Itter in ſeiner Ausgabe des Briſſonius ſeine Zuſätze von denen Tabor's durch eigne Kennzeichen (* und [ ]) unterſchieden, und dieſen Punkt noch zum Ueberfluß in der Vorrede zur Sprache gebracht hat.

48) v. *Aeterna.* v. *Agminales.* v. *Alter.* v. *Bodones.* v. *Catadromus.* v. *Compensatio.* §. 2. *Concedere.* §. 2. v. *Institutio.* §. 3. v. *Tuscianus* etc.

49) v. *Advivere.* v. *Apocrisiarius.* v. *Applicare.* v. *Aricia.* v. *Benedictorum.* v. *Berytus.* v. *Discussio.* v. *Empola.* v. *Priapus.* etc.

50) v. *Abhinc.* v. *Abnoctare.* v. *Absolutoria.* v. *Acclamationes publ.* v. *Alioquin* etc.

51) v. *Abnutivum* kommt allerdings eine Bezugnahme auf die editio princeps und eine Benutzung ihres Inhaltes vor; indeß Heineccius kann dieſe Notiz auch einer fremden Nachweiſung zu verdanken haben.

52) Vergl. z. B. Heinecc. v. *Fomes* mit Briſſ. v. *Fomitem*, wo in der editio princ. des letztern der Zuſatz vorkommt: quamquam passim corruptis Codd. *firmiter* pro *fomitem* illic (L. ult. *C. de frum. urb. Const.*) legatur. S. auch v. *Hopia* bei Hein. und Br.

legt [53]), auch wol den frühern Editoren ſeines Autors zugeſchrieben haben [54])? Ja, wenn auch dem Heineccius jene Originalausgaben des Briſſonſchen Werkes nicht zu Gebote ſtanden, ſo würde ſchon die Vergleichung der einſchlagenden Artikel bei Calvinus im Stande geweſen ſeyn, die Autorſchaft des Briſſonius außer Zweifel zu ſetzen [55]). Wir wollen hieran nicht den Tadel knüpfen, daß Heineccius es gewöhnlich unterlaßen hat, bei den einzelnen Artikeln auf dasjenige zu verweiſen, was Briſſonius ſelbſt in dem, ſeinem Lexicon angehängten, *Liber singularis Parergōn* über die Orthographie bemerkt hat [56]); denn daraus geht doch nur eine Unbequemlichkeit für den Leſer hervor, und es könnten ungleich erheblichere Inconvenienzen gerügt werden [57]). Wir wollen vielmehr ſofort zu der Frage übergehn: ob Heineccius aus dem ſo wichtigen Commentar des Hotomanus für das Werk des Briſſonius allen möglichen Gewinn zu ziehn gewußt hat?

So gewagt auch der Verſuch erſcheinen mag, über die von Heineccius unbenutzt gebliebenen Hülfsmittel ſeines Unternehmens zu entſcheiden, da er ſelbſt von dem durch ihn befolgten Verfahren keine Auskunft gegeben hat, ſo führt doch

53) z. B. v. *Amethusei*, und v. *Bubrostis*. (Briſſ. v. *Buprestis* in der edit. princ.)

54) v. *Argutus* §. 2. vergl. Briſſ. edit. princ. v. *Arguto pectine*. Heinecc. hat auch wol manchen Zuſatz von Tabor ſo hingeſtellt, als ob es ein Original-Artikel von Briſſonius wäre.

55) z. B. Calvinus v. *Amethysti*. v. *Argutus*. v. *Aliquo*. v. *Aliubi*.

56) Ausnahmsweiſe wird darauf verwieſen v. *Accersere*. v. *Appellere*. §. 1. v. *Aedificare*. v. *Continere* §. 2. v. *Incestum*. v. *Quadrageni* etc.

57) So z. B. daß der Text einer Beweisſtelle an verſchiednen Orten nach einer abweichenden Critik referirt iſt; daß es häufig an Verweiſungen auf andre Artikel gebricht, in denen Critik oder Erklärung des in Frage ſtehenden Ausdrucks beigebracht ſind, u. dgl. S. v. *Avertere*, vergl. v. *Anus* §. 2 *Advocati* §. 3. vergl. v. *Patronus*. §. 3. v. *Amphitapa*. vergl. v. *Ansiteria*. v. *Commendare*. §. 3. vergl. *Corpus*. §. 3. v. *Haemasia*. vergl. v. *Maceria*. §. 1. in f. v. *Lana* §. 3. vergl. v. *Maroci*. v. *Oasis* vergl. v. *Ovasis*. v. *Occasus*. vergl. v. *Suprema* in f. v. *Priscus Neratius*. vergl. v. *Nerat. Prisc.* u. ſ. w.

eine genaue Vergleichung des Inhalts zu der Ueberzeugung, daß Heineccius von dem Commentar des Hotomanus für die Ausgabe des Briſſonius keinen unmittelbaren Gebrauch gemacht habe [58]). Am beſtimmteſten tritt dies nehmlich hervor bei der nicht unerheblichen Anzahl ſolcher Ausdrücke, die von Hotomanus aufgeführt, dagegen von Heineccius gänzlich ignorirt ſind, obwol ſie der Anlage des Briſſonſchen Werks zufolge nicht füglich unberückſichtigt bleiben konnten [59]). Allein auch die Vergleichung der bei Heineccius wirklich vorkommenden Artikel überzeugt uns, daß derſelbe den Hotomanus zu ſeinem eignen Schaden nicht benutzt hat. Es ſoll hierbei nicht auf die Punkte verwieſen werden, wo der Inhalt der eignen Zuſätze des Heineccius, ſei es in den beigebrachten Beweisſtellen [60]), oder in der Erklärung einzelner Ausdrücke [61]), im weſentlichen ſchon bei Hotomanus angetroffen wird; denn man könnte hier vielleicht einwenden, Heineccius habe ſtillſchweigend dieſen

58) Wo er etwas aus dieſem Werke beigebracht hat, (z. B. v. *Depecisci.* v. *Gremialis.* v. *Noster* §. 3. etc.) da ergiebt die Ungenauigkeit des Citates, daß daſſelbe andern Referenten nachgeſchrieben iſt.

59) S. Hotomanus v. *Adresponsum.* v. *Aerosa pecunia.* v. *Armillae.* v. *Astipulator.* v. *Bonitarius.* v. *Buccinum.* v. *Congiarium.* v. *Excubicularii.* v. *Expatricius.* v. *Exquaestor.* v. *Iustiniani novi.* v. *Limus.* v. *Lines.* v. *Magisteriani.* v. *Miliarium.* v. *Mura.* v. *Murrha.* v. *Mutuatio.* v. *Paragraphus.* v. *Phormiones.* v. *Plumbatura.* v. *Plntei.* v. *Podium.* v. *Pontones.* v. *Postica.* v. *Praefixum.* v. *Profari.* v. *Propatruus.* v. *Pugillares.* v. *Pulmentarium.* v. *Ratiarius.* v. *Rosam.* v. *Scortatio.* v. *Spinosum. Subcurator.* v. *Superstitiosus.* v. *Tilia.* v. *Toralia.* v. *Transiungi.* v. *Tugurium.* v. *Tunica.* v. *Valetudinarium.* v. *Versura.* v. *Victimarius. Upilio.* v. *Urceoli.*

60) Vergl. unter andern Heinec. v. *Abigere.* §. 2. v. *Abactus.* §. 2. v. *Absolvere.* §. 2. (Hotom. ebendaſ. und v. *Absolvere creditorem.* v. *Absolvere pignus.*) v. *Actor.* (Hotom. v. *Actor servus.*) v. *Ad.* §. 9. (Hotom. v. *Admanum.*) v. *Aedes.* §. 1. etc.

61) z. B. v. *Abalienare* in f. v. *Adpromittendi* in f. (Hotom. v. *Adpromissor.*) v. *Aedicula.* v. *Amethystus.* v. *Archigerontes.* v. *Beare.* (Hotom. v. *Beatus.*) v. *Buprostis.* (Hotom. v. *Buprestis.*) v. *Cisiarius.* (Hotom. v. *Cisium.*) v. *Coracinus.* v. *Diatretarius.* v. *Emphanistica.* v. *Ergolabi.* v. *Isginus.* (Hotom. v. *Hysginum.*) v. *Internecinus.* in f. v. *Plumbarii.* v. *Pyrrhicharius.* v. *Tympanum,* § 2. v. *Vigilax.*

Gelehrten benutzt, gleichwie er es mit Alciatus, Cujacius u. a. nicht selten gemacht hat [62]). Wir beschränken uns auf die folgenden ungleich erheblicheren Gegenstände der Ausstellung. Heineccius hätte aus Hotomanus manche diesem Autor eigenthümliche Deutung, deren Priorität derselbe zum Theil ausdrücklich in Anspruch genommen hat, beibringen können, die, obgleich nicht überall gelungen, doch für die Literatur der juristischen Terminologie von Interesse ist [63]). Ferner würde ein umfaßendes Studium des Commentars von Hotomanus den Heineccius auf eine Menge von Artikeln geführt haben, wo dieser Lexicograph eine gründlichere; obwol von andern ausgegangene, Worterklärung ausgeführt, oder mindestens angedeutet hat [64]), oder wo derselbe für eine, auch von Brissonius befolgte, Deutung einzelner Ausdrücke zahlreichere Beweisstellen aus den Quellen beigebracht [65]), oder auch wol auf die Critik des Textes und die Literatur mit größerer Umsicht als dieser Autor Bezug genommen hat [66]).

Dem Heineccius ist demnach die treffliche Gelegenheit entgangen, durch die Vergleichung der Leistungen eines andern; in dem grammatischen und antiquarischen Studium der

62) S. A. W. Cramer in dem angeführten *Specim. supplem.* etc. v. *A.* pag. 12. v. *Abnutivum.* p. 31.

63) Vergl. Hotomanus v. *Cancellarius.* v. *Catholiciani.* v. *Chartiaticum.* v. *Riscus.* v. *Salientes.* v. *Sanguineus.*

64) Hotom. v. *Actiones populares.* (Briss. v. *Popularis.* §. 1.) v. *Ampliatio.* v. *Archontes.* v. *Bispellio.* (Briss. v. *Vispellio.*) v. *Concubina.* v. *Concubinarum.* v. *Diacopi.* v. *Digitus.* v. *Diversorium.* v. *Exilium.* v. *Extraordinaria crimina.* v. *Ordinaria iudicia.* (Briss. v. *Extraordinarius.* §. 1.) v. *Feriaticus.* v. *Iudicium.* v. *Logarium.* v. *Opinatores.* v. *Opinio.* v. *Panthera.* v. *Regula.*

65) Hotom. v. *Acetum.* v. *Adversus* pro secundum. v. *Cinctus.* v. *Cingere.* v. *Convicium.* v. *Cydonium.* v. *Duci uxor.* v. *Gerontocomium.* v. *Idiochcira.* v. *Intertrimentum.* v. *Lance et licio.* (Briss. v. *Lanx.* §. 3 v. *Licium.*) v. *Obryzati.* v. *Orphanotrophos.* v. *Panceratium.* v. *Promutuum.* v. *Rhapisma.* v. *Secessus.* v. *Toga.*

66) Hotom. v. *Amineum.* v. *Camclasia.* v. *Carcum.* v. *Coactoria vasa.* (Briss. v *Cocinatorium.*) v. *Crocuphantia.* (Briss. v. *Crocufantia.*) v. *Embateuticon.* v. *Genuinus.* v. *Lavationem.* v. *Maiumam.* v. *Parabolanos.* v. *Paragaudae.* v. *Restipulari.*

römiſchen Rechtsquellen ſo ausgezeichneten Gelehrten als Franc. Hotomanus war, die eigenthümlichen Vorzüge und Gebrechen des von ihm edirten Werkes ſeines Autors kennen zu lernen. Es ſteht daher zu befürchten, daß er dieſen Hauptzweck eines jeden Bearbeiters fremder Geiſteswerke auch auf anderm Wege nicht erreicht haben, und in ſeinen Zuſätzen bemüht geweſen ſeyn werde, gegen den Plan des Briſſonius nicht zu verſtoßen, und deßen eigne Mängel in der Ausführung desſelben zu verbeßern. Die genauere Prüfung der Zugaben des Heineccius bewährt denn auch eine ſolche Beſorgnis nur gar zu ſehr. Wir haben es oben als eine preiswürdige Eigenthümlichkeit des Briſſonſchen Planes bezeichnet, daß derſelbe mit logiſcher Schärfe die Grenzen einer terminologiſchen Unternehmung beſtimmt, und alles dem Gebiete der Antiquitäten, namentlich aber der Formelkunde, angehörige nach Möglichkeit ausgeſchloßen hat. Die Ueberzeugung von der Zweckmäßigkeit dieſes Verfahrens iſt dem Heineccius fremd geblieben, der in ſeine Zuſätze manche von Briſſonius abſichtlich entfernte Erörterungen herübergezogen hat [67]). Sodann die oben bezeichneten Mängel, welche dem Werke des Briſſonius mit dem des Hotomanus gemein ſind, wie z. B. die geringe Beachtung der ſucceßiven Veränderungen in der Bedeutung eines Worts, die Vermengung der vulgären und techniſchen Bedeutungen u. ſ. w. haben die Abhülfe des Heineccius faſt garnicht erfahren. Dasſelbe gilt von den Gebrechen, die ich zuvor als ſolche bezeichnet habe, die dem Werke des Briſſonius eigenthümlich ſind, und nicht ſowol dem Plane ſelbſt, als deßen minder genauer Ausführung zur Laſt fallen. Der wunderlichen Auswahl der Eigennamen mag hierbei nur im Vorübergehen gedacht wer-

67) Als Beiſpiele eingeſchobener antiquariſcher Erörterungen vgl. v. *Decemviri.* §. 1. v. *Lacedaemonius.* In andern Zuſätzen, z. B. v. *Cauponius.* v. *Cedere.* §. 2. v. *Edictum.* §. 9. werden die unterſchobenen *Acta diurna* als ächte Quellen citirt.

den [68]), um von der mangelhaften Textescritik und der Behandlung der Literatur der juriſtiſchen Terminologie mehr im Zuſammenhange ſprechen zu können. Bei der innigen Verbindung, in welcher terminologiſche Forſchungen mit der Wortcritik der Quellen ſtehn, und bei den unleugbaren Fortſchritten, welche die Critik der Rechtsquellen ſeit dem Bekanntwerden des Briſſonſchen Werks gemacht hat, hätte es billig eine der erſten Forderungen ſeyn ſollen, die Heineccius an ſein Unternehmen machen konnte, dieſes von Briſſonius nicht genug beachtete Hülfsmittel mit aller Sorgfalt zu ergänzen. Allein es fehlt viel, daß dieſem entſprochen wäre. Heineccius hat nur ſelten bei erheblichen Beweisſtellen Textesvarianten citirt, und wo dies geſchehn iſt, begnügt er ſich meiſtens [69]) mit zufällig gewählten Beiſpielen, ohne an eine ausreichende Ueberſicht der Hauptvarianten, namentlich bei den Pandecten Fragmenten an ein Zuſammenſtellen der Lectio Florentina, Haloandrina und Vulgata, zu denken [70]). Nur den Conjectural-Varianten von Bynkershoek wird beſondre Aufmerkſamkeit geſchenkt, und ſelbſt den unzuläßigſten unter dieſen eine unbedingte Verehrung gewidmet [71]). Ungemein zahlreich iſt dagegen die Menge

68) z. B. v. *Anthianus.* v. *Chrysippus.* v. *Hercules.* v. *Lentulus.* v. *Manes.*

69) Rühmliche Ausnahmen, wo die Hülfsmittel der Critik vollſtändiger zu Rathe gezogen, und auch wol die Baſiliken berückſichtigt ſind, ſollen nicht geleugnet werden; allein man trifft dergl. nur gar zu ſelten an. S. z. B. v. *Cessim.* v. *Chelyniae.* v. *Consanare.* v. *Conversus.* v. *Cremialis* und v. *Gremialis.* v. *Edulitas.* v. *Fatum.* §. 3. v. *Glicia.* v. *Munerare.* v. *Sinus* in f.

70) Z. B. v. *Abrumpi.* §. 2. v. *Acceptum* in f. v. *Adducere.* v. *Anademata.* v. *Blaesum.* v. *Calamus.* v. *Clabularis.* v. *Diffindi.* v. *Demogrammateus.* v. *Empola.* v. *Foedus.* §. 2. v. *Fribusculum.* v. *Lytas* in f. v. *Odo.* v. *Ospratura.* v. *Lusorius* in f. v. *Parientia.* v. *Periculum.* §. 5. v. *Politor.* v. *Prolytae.* v. *Rescribere.* §. 2. in f. v. *Viridaria.*

71) Z. B. v. *Aero.* v. *Aethales.* v. *Beneficium.* §. 2. v. *Comes.* §. 1. in f. v. *Linea.* §. 3. v. *Parientia.* v. *Praeceptor.* §. 3. v. *Pediculi* in f. v. *Putea.* v. *Qualus.* v. *Reticulum.* v. *Regere.* pr. v. *Tingere.*

derjenigen Artikel, wo Heineccius, nach des Briſſonius Vorgange, einen Ausdruck als unzweifelhaft ächt hinſtellt, ohne dem leiſeſten Verdacht gegen die Richtigkeit der Texte in den beigebrachten Beweisſtellen Raum zu geben, obwol gerade die Unſicherheit der befolgten Lesart bei den Critikern von je her berühmt war, und zum Theil ſchon ältere Terminologen, insbeſondre Hotomanus, auf das Schwanken der Lesarten aufmerkſam gemacht hatten [72]). Am wenigſten iſt in der Art und Weiſe, wie Heineccius die Literatur der Terminologie behandelt hat, irgend ein feſter Plan zu entdecken. So encomiaſtiſch auch überall die geringfügigſten Erklärungen und Witzeleien von Bynkershoek mitgetheilt ſind [73]), ſo giebt doch Heineccius beſtimmt genug zu erkennen, daß er ſich keineswegs auf die neueſte Literatur habe beſchränken wollen. Nun aber finden wir von der ältern Literatur ſehr unzureichenden Gebrauch gemacht; nicht blos von den wichtigen juriſtiſch-terminologiſchen Forſchungen der Philologen des ſechszehnten Jahrhunderts, z. B. des Turnebus, ſondern auch von denen der namhaftern Juriſten, ſelbſt von den Obſervationen des Cujacius, was bei einem Editor derſelben zwiefach befremdet. Es würde ſich ein arti-

72) Z. B. v. *Albarius.* (Hotom. v. *Albini.*) v. *Auricularis.* v. *Buprostis.* (Hotom. v. *Buprestis.*) *Chomata.* (Hotom. v. *Commata.* v. *Cocinatorium.* (Hotom. v. *Coactoria vasa.* v. *Coniectio.* §. 1. *Conticere.* §. 2. v. *Currax.* (Hotom. v. *Curax.*) v. *Dolon.* (Hotom. v. *Dolo.*) v. *Effervescere.* v. *Fusio.* §. 1. v. *Haemasia.* v. *Helenoponti.* v. *Holosericus.* v. *Limitanei.* v. *Lumen.* §. 1. v. *Malitas.* v. *Nivarius.* (Hotom. v. *Navalia.*) v. *Nomenculator* pr. v. *Odo.* v. *Particarii.* v. *Pellio.* v. *Praediator.* v. *Rudis.* (Hotom. v. *Rudus.*) v. *Scaevitas.* v. *Siphones.* v. *Spendophorus.* v. *Velamentum.* v. *Venientana.* (Hotom. v. *Veientani.*) v. *Vesticula.* (Hotom. v. *Vestispica.*) v. *Vispellio.*

73) Z. B. v. *Azzalum.* v. *Caput.* v. *Cassia.* v. *Cinctus.* v. *Commentitium.* v. *Curatores.* §. 7. v. *Denotare.* v. *Deprecatio.* v. *Desidia.* v. *Disertus.* v. *Dulcis* in f. v. *Fatum.* §. 1. in f. v. *Frangere.* §. 3. v. *Glicia.* v. *Lana.* §. 3. v. *Mancipi.* s. f. v. *Manifestus* in f. v. *Mos.* §. 3. v. *Opinator* in f. Dies wird wol nicht dadurch gerechtfertigt, daß auch andre Zeitgenoßen (z. B. E. Otto in der Praef. zum *Thes.* T. V. p. 14.) Bynkershoek's Verdienſte übertrieben präconiſiren.

ges Verzeichnis von Ausdrücken anlegen laßen, die bei Briſſonius und Heineccius ganz übergangen ſind, obſchon jene ältere Literatoren derſelben gedenken [74]). Wie ungenau überdem nicht ſelten Heineccius die von ihm benutzte Literatur citirt, und wie er oft, ohne es ausdrücklich zu bemerken, fremde Gewährsmänner wörtlich abgeſchrieben hat, iſt ſchon von andern erinnert worden [75]). Was aber von ihm

74) Hier nur eine Probe. *Aeraria ratio.* (Turnebus *Adversar.* Lib. 8. c. 14.) *In antecessum dare.* (ebendaſ. Lib. 12. c. 9.) *Anticategoria.* (Cujacius *Obss.* Lib. 20. c. 7.) *Atretae margaritae.* (Jo. Leunclavius *Notatorum.* Lib. 2. §. 32. in Otto's *Thes.* T. III. p. 1510. in f. sq. vergl. Briſſonius v. *Calix:* v. *Diatretus.*) *Audientiam facere.* (*Scaligerana.* h. v. pag. 39. Colon. 1695. 8. vergl. Briſſonius *de Formul.* Lib. 1. c. 137.) *Βῆσαλον.* (Cujacius a. a. O. Lib. 9. c. 26. und die Ausleger zu Theophilus *Paraphr. Inst.* Lib. 2. T. 1. §. 29. Vol. I. p. 236. d. Ausg. v. Reiz.) *Butta.* (Cujacius ebend.) *Cambore.* (Siculus Flaccus *de condit. agror.* p. 13. d. edit. *Goesii.* Amstel. 1674. 4. vergl. Alciatus *Parerg.* Lib. 1. c. 45. *Opp* T. II. p. 208. Bas. 1571. F.) *Campagus.* (Cujacius a. a. O. Lib. 21. c. 28.) *Collybus.* (Alciatus a. a. O.) *Decipere.* (Hotomanus *Obss.* Lib. 1. c. 20. *Opp.* T. I. P. 2. p. 24. sqq. Genev. 1599 F.) *Depangere.* (Catharinus *Obss.* Lib. 3. c. 41. in Meerman's *Thes.* T. VI. p. 789.) *Diacatochia.* (Alciatus *Adnotatt. in* III. *poster. Cod. libb.* ad L. 7. *C. de omni agro des. Opp.* l. l. p. 110. Spangenberg in ſeiner Ausg. des *Cp. J. C.* ad *h. L. Cod.* not. 42.) v. *Drungarius.* (W. Fornertus *Selection.* Lib. 2. c. 1. in Otto's *Thes.* T. II. p. 45. sq. Vergl. den *Index. graec. ad Harmenopuli Promtuar.* h. v. bei Meerman a. a. O. T. VIII. p. 407.) *Emerere.* Catharinus a. a. O. Lib. 4. c. 45. p. 798.) *Epistalma.* (Alciatus *Praetermiss.* l. l. h. v. p. 143.) *Interdiarius fur.* (Cujacius a. a. O. Lib. 11. c. 27.) *Interpretium.* (ebendaſ. Lib. 16. c. 4.) *Licentia,* pro amnestia. (Suidas v. *Ἀεχεντία κατὰ Ῥωμαίους ἀμνηστεία, βασιλικὴ χάρις.*) *Perissochoregia.* Alciatus *Adnotatt.* l. ad L. 2. *C. de frum. Alexandr.* p. 109.) *Pluritariam.* (A. Auguſtinus *Emendatt. et Opinion.* Lib. 4. c. 11. bei Otto a. a. O. T. IV. p. 1540. sq.) *Selinus.* (Cujacius a. a. O. Lib. 27. c. 3.) *Serraculum.* (ebendaſ. Lib. 9. c. 10. Lib. 14. c. 13.) *Stringere.* (Turnebus a. a. O. Lib. 16. 10. c. 18.) *Stypteria.* (Alciatus *Parerg.* Lib 1. c. 39. *Opp.* l. l. p. 204.) *Tenis.* (Catharinus a. a. O. Lib. 1. c. 12. p. 774.) *Vacantivus.* (Jo. Meursius *Analect.* Lib. 1. c. 32. bei Otto a. a. O. T. II. p. 367. sqq.) *Zelus.* (Jac. Curtius *Eikast.* Lib. 3. c. 31. bei Otto a. a. O. T. V. p. 221.)

75) Vergl. A. W. Cramer in dem *Specim. Supplementi* etc. v. *Abnutivum.* v. *Acetabulum.* p. 38. v. *ἀχρόδρυα,* p. 40. Unter den Neuern ſind bisweilen A. Schulting, Spanheim und Otto

aus eignen Mitteln in den Zusätzen beigesteuert ist, besteht aus bloßen Verweisungen auf seine andern Schriften, oder aus ganz unerheblichen Bemerkungen [76]).

Unter den Nachfolgern des Heineccius, welche des Brissonius Wörterbuch mit neuen Zugaben bedacht haben, ist der schon früher (not. 5.) erwähnte Wunderlich von keiner Erheblichkeit. Auch er hat von des Hotomanus Commentar keinen Gebrauch gemacht [77]), und was er giebt, ist nur eine uncritische Compilation. Die rühmlichste Anerkennung muß dagegen den Leistungen von A. W. Cramer zu Theil werden. Der Vorschub, den derselbe indirect durch die Critik der *Titt. Dig. et Cod. de V. S.* [78]), so wie durch andre Beiträge zur Berichtigung des Textes der Rechtsquellen [79]), dem terminologischen Studium gewährt hat, bedarf eben so wenig meines Lobes, als die gelungene Probe von Ergänzungen des Brissonschen Lexicons [80]), welche treffliche Winke für jeden künftigen Herausgeber desselben enthält; endlich die gründlichen Bemerkungen zu den Scholien des Juvenal [81]), in denen nicht nur die Bezeichnung mancher neuer Ausdrücke berichtigt [82]), sondern auch, in Beziehung

wörtlich copirt. z. B. v. *Defigere.* v. *Defundere.* v. *Dicere.* §. 2. in f. v. *Fidepromittere.* v. *Iliensis Minerva.* v. *Incalescere.* v. *Judaeus.* v. *Folium.* §. 1. v. *Perisulum* in f. etc.

76) v. *Aquilius Gallus.* vergl. v. *Gall. Aquil* in f. v. *Fiducia.* §. 2. in f. v. *Hermogenianus.* §. 2. v. *Caducaria.* v. *Caussa.* §. 13. v. *Magis* §. 2. in f. v. *Perficere.* v. *Salv. Julianus.* v. *Invisibilis.* v. *Libellensis.* v. *Vectibulici.*

77) Von den oben (not. 59.) citirten Worten hat Wunderlich nur die folgenden, und zwar ohne Bezugnahme auf die Ausführung bei Hotomanus, recipirt: v. *Buccinum.* v. *Congiarium.* v. *Phormiones.* v. *Pontones.* v. *Pugillares.* v. *Pulmentarium.* v. *Ratiarius.* v. *Scortum.* v. *Tilia.* v. *Transiungere.* v. *Tugurium.* v. *Tunica.*

78) S. oben not. 17.

79) Z. B. in den Kleinen crit. Bemerkungen. (Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. 1. No. 12.)

80) S. oben not. 5.

81) *Commentarii vetusti in Iuvenalis satyr.* Hambg. 1823. 8.

82) Z. B. *Arabarches.* (p. 40.) *Archiatri.* (p. 407.) *Chartopratae* (p. 122.) *Confinium.* (p. 518.) *Diptycha.* (p. 359. sq.) *Foricae*

auf bekanntere Ausdrücke, für die von Briſſonius ſo ſehr vernachläßigte Vergleichung verwandter Bezeichnungen beſonders Sorge getragen iſt [83]).

(p. 76. sq.) *Grassator.* (p. 115.) *Gutturosus.* (p. 495.) *Gyaris.* (p. 30.) *Inane iudicium.* (p. 26.) *Lusorium.* (p. 139—142.) *Mandra.* (p. 106.) *Mediastinus.* (p. 276.) *Meritoria* (p. 105.) *Mesopotameni.* (p. 33. sq.) *Ministeria* (p. 101.) *Multicia.* (p. 585. sq.) *Oasis.* (p. 20. p. 127. sq.) *Possibilitas* (p. 426.) *Pragmatici.* (p. 293.) *Rubrica.* (p. 522.) *Scantinia lex* (p. 52.) *Siliqua.* (p. 429. sq. *Superficium.* (p. 396. sq.) *Verna.* (p. 526. sq.) *Viridiaria.* (p. 119.)

83) Z. B. *Commendare* und *Deponere.* (p. 484. sq.) *Conducere* und *Locare* (p. 374. sq.) *Damnare* und *reum peragere.* (p. 23.) *Oratores* und *Advocati.* (p. 549. sqq.) *Prorogare* und *Pepraesentare.* (p. 298.) *Redhibitio* und *Solutio.* (p. 423.)

Kann das, was juriſtiſch Dos heißt, bey einer Ehe mit Conventio in manum Statt finden?

Von

Haſſe.

In einer ſehr lehrreichen Kritik meiner Schrift über »das Güterrecht der Ehegatten nach Römiſchem Recht« B. I. in der Hall. allg. L. Z. Auguſt 1824 wird No. 202. S. 778 ꝛc. meine Behauptung angefochten, daß bey der ſtrengen Ehe keine eigentliche Dos angenommen werden könne. Es konnte mir nicht anders als erfreulich ſeyn, daß in dieſer ausführlichen Recenſion mir ſonſt faſt immer das Weſentliche zugegeben wurde, und daß die Meinungs-Abweichungen nur ſolche Punkte betrafen, welche ſo und anders ſeyn können, ohne daß der Zuſammenhang meines Syſtems dadurch geſtöhrt wird. Jene Behauptung hängt aber zu genau mit den Grundbegriffen zuſammen, als daß ich darüber ſchweigen könnte. Ich ſollte meinen, daß es mir nicht ſchwer werden könnte, mich mit dem Recenſenten hierüber zu verſtändigen, und es ſcheint mir paſſender, dieß vorläufig hier zu thun, als es in dem zweiten Theil meines Buchs nachzutragen. Daß mich hierbey kein bloßer Widerſpruchsgeiſt leitet, werde ich auf der Stelle darthun, indem ich mir ſelbſt einen neuen Einwurf mache, den die Vaticaniſchen Fragmente hergeben. Es

ſey mir aber erlaubt, etwas weiter zurückzugehn, als es zu jener Verſtändigung unumgänglich nöthig ſeyn mögte.

Das Wort Dos hat allerdings auch eine vulgäre Bedeutung, ja zuweilen eine ſehr vulgäre Bedeutung: ſogar juriſtiſche Schriftſteller ſprechen von *dos praedii*, damit werden die Dinge bezeichnet, die man nothwendig bey einem Grundſtück haben muß, um daſſelbe beſtellen und bewirthſchaften zu können *).

Dotatus fundus wäre dann ſo viel als instructus fundus.

Das iſt nun ein höchſt vulgärer Sinn und niemand wird denken, daß wir dieſen Begriff hier brauchen können.

Es iſt hier doch immer eine *Mulier* dotata gemeint, doch aber wäre es nichts weiter als eine Anwendung deſſelben Begriffs, wenn man eine ſolche Mulier dotata meinte, die mit dem Nöthigen verſehen iſt, in eine Ehe zu treten, ein ausgeſteuertes Weib. Dieſe Ausſteuer, Ausſtattung konnte man Dos nennen, geſetzt ſie wäre noch nicht einmal Braut, noch weniger verheirathet; ſie könnte von ihrem Vater ihr gegeben ſeyn, ſie könnte aber auch aus ihrem eignen Vermögen herrühren.

Alles dieß ſind Ausdrücke des gemeinen Lebens, und ſie bezeichnen bloß etwas Factiſches, wir bedürfen hier aber nothwendig einen juriſtiſchen Begriff. Das darf man als unſtreitig vorausſetzen. Daß jene Bedeutungen hier nicht paſſen ſieht man ſchon aus dem entſchiedenen Satz, daß *res* dotales immer ſolche Sachen ſind, die ſich ſchon im Eigenthum des Mannes befinden, und daß keine Dos ohne Ehe ſeyn kann, ſo daß hier doch immer eine Dos matrimonii (nuptiae dotatae) zu denken iſt.

Um nun aber juriſtiſch den Begriff zu verkörpern, damit er nicht wieder zerfließe, müſſen wir zuförderſt nach-

*) L. 2. §. 1. D. d. instructo legato L. 52. §. 2. D. de fideijussorib.

ſehn: gibt es ein Inſtitut im Römiſchen Recht, was ſeine eigne juriſtiſche Natur hat, und das Wort Dos nothwendig für ſich in Anſpruch nimmt zu ſeiner eignen Beziehung? Ein ſolches gibt es nun aber, und es iſt an folgenden Requiſiten erkennbar, von denen keines ihm fehlen darf, und die alle zuſammen daſſelbe conſtituiren.

Zuvörderſt muß ſeyn eine Ehe, und zwar eine ſolche, die das Recht anerkannt hat;

Sodann muß Regel ſeyn, daß ungeachtet der Ehe die verſchiednen Vermögen beider Ehegatten dem Recht nach getrennt bleiben;

Ferner dem Recht nach muß die Laſt der Ehe, was das Zuſammenleben koſtet (onera matrimonii), lediglich auf dem Vermögen des Mannes, oder iſt er in der Gewalt, ſeines Vaters, Großvaters ꝛc. ruhen.

Endlich die Frau muß einen Beytrag zu den Koſten der Ehe auf eine ſolche Weiſe geliefert haben, daß er unter beſondre Garantie des Geſetzes geſtellt iſt. Dieß kann nach Römiſchem Recht unter jenen Vorausſetzungen nur ſo geſchehen ſeyn, daß durch einen beſondern Akt, nicht ipso iure, etwas in das Vermögen des Mannes hineingelegt iſt, damit es zu dem bezeichneten Beytrage diene. Es kann der Vater, es kann ein Dritter dieß für die Frau, die Frau kann es ſelbſt geben; nur das Vermögen des Mannes muß dadurch vergrößert worden ſeyn, ſo daß die beiden Vermögen alſo doch juriſtiſch getrennt bleiben. Denn was die Frau nun noch ſonſt hat oder erwirbt, das kommt nicht in das Vermögen des Mannes und wird nicht Dos.

Daß die Römer dieß nun Dos nennen, kann nicht in Abrede geſtellt werden, und daß ſie die Rechte, die davon gelten, Jus dotium nennen, iſt gewiß.

Meine Behauptung geht nun aber dahin, daß das Wort Dos als juriſtiſcher Terminus hierauf beſchränkt werden müſſe. Dabey bleibt es jedem unverwehrt, das Wort

dann und wann einmal in einem mehr laxen und vulgären Sinn zu nehmen, und wie von Dos praedii, so von mulier dotata und dos uxoris in einem ganz andern Sinne zu sprechen, wo es grade keinen Mißverstand gibt. In lateinischer Rede wird man dieß kaum vermeiden können.

Dann kommt es auch gar nicht einmal darauf an, ob die römischen Juristen es in ihrer Terminologie so genau nahmen, und diesen Terminus, wo sie genau und eigentlich juristisch sprachen, streng fest hielten. Genug, wir in unsrer wissenschaftlichen Behandlung des röm. Rechts bedürfen ein ausschließliches Kunstwort für das charakterisirte Institut, und da haben wir kein andres als eben Dos und Ius dotis. Und, was eben so wahr ist, es gibt kein andres Institut noch im römischen Recht außer diesem, was dieses Worts zur Bezeichnung bedürfte.

Dieß vorausgesetzt, folgt denn aber ganz nothwendig, daß bey strenger Ehe keine Dos und kein Ius dotis seyn könne. Denn bey der strengen Ehe wird nicht Einzelnes in das Vermögen übertragen durch einen eignen Akt, durch eine eigne Beliebung, sondern alles was die Frau hat, geht ipso iure über. Auch wenn die Frau all ihr Vermögen gegenwärtiges und künftiges in dotem gibt und verspricht, so geschieht eine bloße Singular-Succession, die zum Vermögen gehörigen Einzelnheiten müssen einzeln übertragen werden, so gut als dieß geschehen kann, durch besondern Akt also; bey der strengen Ehe geht alles per universitatem ipso iure über. Da fehlen also jene Requisite der Dos.

Man könnte denken, bey der strengen Ehe seien die Confarreatio, die Coemtio, der Usus doch auch eigne Akte. Ja aber diese sind gar nicht ihrer Natur nach darauf berechnet, daß die Frau einen Beytrag zu den oneribus matrimonii liefere; sondern es ist zunächst dabey auf eine Potestas des Mannes mit ihren Folgen, also auf eine engeres Familienverhältniß abgesehn: der Mann will die Frau näher an sich

und seine Familie heranziehn: was dieß auf das Vermögen wirkt, ist auf der einen Seite zufällig, denn auch wo die Frau gar kein Vermögen hat, ihr auch niemand etwas mitgibt, da kann doch eine Conventio i. m. geschehn *); auf der andern Seite ist es aber auch nothwendig, denn hat die Frau etwas, so erfolgt die Successio per universitatem, und kein Vertrag kann dieß hindern **). — Auch die Coemtio ging nicht unmittelbar auf das Vermögen: Mancipatio eines ganzen Vermögens konnte gar nicht geschehn. Die Person der Frau ward da mancipirt.

Gibt bey strenger Ehe der Vater nicht erst der Tochter, sondern gleich dem Manne, eine Beysteuer zur Ehe, oder thut dieß ein Dritter, so ist dieß nichts besondres, sondern wie jeder andre Contract, bey dem etwas in einer bestimmten Absicht gegeben wird.

Gibt bey freier Ehe die Frau all ihr Gut in dotem, so sind doch nach dem bloßen Recht die Güter beider getrennt, nur daß hier zufällig der Mann alles, die Frau nichts hat. Das kann ja auch seyn, ohne daß irgend eine Dos gegeben ist.

Will man also bey strenger Ehe von einer Dos reden, und von einer Uxor dotata, weil hier indirect und ipso iure doch ein Beytrag zu den Kosten der Ehe erzeugt wird: die Frau wird hier gleichsam mit ihrem ganzen Vermögen dem Manne zugeführt; so ist das eben so wenig genau juristisch gesprochen, als wenn wir oben eine ausgestattete Jungfrau oder Witwe mulier dotata nannten.

Es gibt hier aber ein Ding, was leicht verleiten könnte, den Begriff von Dos für identisch zu halten bey strenger

*) Es kann sehr wohl seyn, daß der Mann grade darum die strenge Ehe schloß, um das gange Vermögen der Frau zu bekommen, aber das ist ökonomisch und nicht juristisch von Erheblichkeit.

**) Eben so wenig, als es bey Arrogatio ausgemacht werden konnte, daß der neue Sohn sein eignes Vermögen von nun an anders, denn als Peculium behalten sollte.

und bey freier Ehe. Wenn es richtig ist, was ich in meinem Buch*) behauptet habe, und was auch sehr wahrscheinlich ist, daß die rei uxoriae actio, wodurch man die wahre Dos zurückfordern konnte, auch auf den Fall angewandt wurde, wenn bey strenger Ehe die geschiedene Frau ihr Vermögen vom Manne herausverlangte**), so konnte man leicht versucht seyn, dieß für einen und denselben Gegenstand zu halten, da es mit einer und derselben Klage verfolgt wurde. Da durfte man denn nur vergessen, daß diese eine Klage juristisch heterogene Gegenstände umfaßte, was auch sonst nicht ohne Beyspiel ist, und der Irrthum war geboren. Der unbestimmte Name: rei uxoriae actio ließ eine solche Vereinigung zu, und so auch die Formel: quod aequius melius. Im Grunde waren es aber doch ganz verschiedne Rechte, die hier verfolgt wurden. Die Verschiedenheit zeigt sich

1) am Beweis. Bey der freyen Ehe, wenn man da die rei uxor. actio anstellte, muste man Constitutio dotis beweisen, bey der strengen Ehe dieß gar nicht, sondern Conventio in manum und daß die Frau so viel Vermögen gehabt oder aus Erbschaft oder Geschenk hinzuerworben hatte. Hatte im letztern Fall der Vater etwas zur Ausstattung gegeben, so mogte das auf jeden Fall so behandelt werden, als hätte der Mann es durch die Frau erworben.

2) Die Garantie des Rechts war bey strenger Ehe viel mehr beschränkt, sie ging lediglich auf den Fall der Scheidung, konnte auf gar keinen andern Fall gehn. Der Recensent hält es für nicht unmöglich, daß wenn die Frau den Mann überlebt habe, das Edictum de alteratro, was in L. 7. in f. pr. C. Theod. de testamentis und L. un. §. 3. C. Inst. de R. U. A. erwähnt wird, auf diesen Fall angewandt worden sey. Ich

*) S. 223 ꝛc.

**) Gewiß auch bey Beendigung einer Peregrinenehe fand ein rei uxoriae iudicium statt, aber darum brauchten noch nicht alle Eigenthümlichkeiten einer römischen Dos und ihrer Restitution darin beobachtet zu werden.

geſtehe, daß mir dieſes ganz unglaublich vorkommt. Betrachten wir nur dieſes etwas näher. Wenn der Frau ein bedeutendes Legat hinterlaſſen worden war, ſo konnte zweifelhaft ſeyn, ob der Teſtator ſie damit rückſichtlich der Dos hatte abfinden wollen, oder ob ſie nach ſeinem Willen Beides, Dos und Legat haben ſollte. Die Praxis neigte ſich dazu, das Erſtere zu präſumiren *), ſo daß die Frau alſo regelmäßig die Wahl hatte, ob ſie das Legat oder die Dos haben wollte, denn natürlich konnte ihr nicht gegen ihren Willen etwas ſubſtituirt werden, und wenn ſie das Legat annahm, ſo hatte ſie auch ſtillſchweigend auf ihre Dos verzichtet. Dieſe Präſumtion ward in das Edict aufgenommen, unter welchen Modificationen und näheren Beſtimmungen wiſſen wir nicht. Es war das ungefähr der umgekehrte Fall der L. 29. D. de iure dot. Alles beruhte hier doch immer auf praesumta voluntas testatoris; davon ging alles aus. Könnten wir nun wohl annehmen, die römiſchen Juriſten hätten es wahrſcheinlich gefunden, das Recht, welches die Conventio in manum vollaus wie eine Arrogatio und Adoptio auf das Vermögen wirken ließ, wenn der Mann zuerſt verſtarb, habe doch gewollt, ſie ſolle die Wahl haben, ob ſie lieber als Sua erben, oder das, womit ſie ſich gleichſam in die Erbſchaft des Mannes eingekauft hatte, wieder heraushaben wolle? Eine ſolche Rechtsauslegung war gewiß ſo wenig möglich, als es nur möglich war, dieß durch Vertrag gegen die Natur des Rechtsverhältniſſes hervorzubringen.

3) Der Vater hatte hier wahrſcheinlich gar kein Rückforderungsrecht, wie er es bey der Dos profectitia hatte. Nur wenn er ſich das Gegebene zurückſtipulirt hatte, konnte er zurückfordern, dann war das aber ein gewöhnliches Con-

*) Ueberhaupt war man hier geneigt, eher ein Surrogat pro dote anzunehmen, als ein Doppeltes. L. 2. pr. v. hoc amplius — conditionis, L. 16. in f. D. de dote prael.

tractsverhältniß, aus dem die actio ex stipulatu vulgaris angeſtellt werden konnte. Dieſes Verhältniß des Vaters zu dem, womit er die Tochter ausgeſteuert hatte, ſcheint es vornämlich geweſen zu ſeyn, was dem Recenſenten Bedenken erregte. Und allerdings bedarf dieſe Seite einer nähern Beleuchtung. Wenn nun, wendet er ein, die freie dotirte Ehe durch Usus in eine ſtrenge verwandelt wurde, ſoll denn Dos aufhören Dos zu ſeyn? Gewiß, und warum das nicht? *) Warum das weniger, als im Teutſchen Recht, wo, wenn nach Statut oder Rechtsgebrauch durch die Geburt von Kindern eigentliche Gütergemeinſchaft entſteht, Dos aufhört Dos zu ſeyn, oder wenn der Mann einen ehelichen Nießbrauch hat, dieſer dann in Geſammteigenthum verwandelt wird? Im röm. Recht konnte es ja die Frau doch noch durch Trinoctium verhindern, wenn ſie die Gütereinigung nicht wollte. Wollte ſie Suitäts-Agnationsrechte in der Familie des Mannes erwerben, ſo war ja auch nichts natürlicher, als daß wenn es bey dieſer Ehe bis zu ihrem oder ihres Mannes Tode blieb, ihr Gut auch bey ihm oder ſeiner Familie verbleiben muſte, ſo daß hier gegenſeitig (in ſeiner Perſon factiſch, er behielt das Gut was er ſchon hatte) Erbrechte waren. Nicht anders war es mit dem Vater der Frau. Die Tochter, die er in der Gewalt hatte, konnte er gewiß zum Trinoctium nöthigen, die emancipirte freilich nicht; aber dieſe war nach Civilrecht ſchon mit ihm aus aller Güterverbindung getreten, und durch das Eintreten in eine fremde Gewalt, was er eben ſo wenig bey der Arrogatio als hier verhindern konnte, hörte auch die prätoriſche Güterverbindung auf. Das Beneficium (L. 6. pr. de iure dot.), was dem Vater bey einer wahren Dos,

*) Es wurden ja nun auch die Paraphernen der Frau, alle die res, quas mulier extra dotem habebat, ein Eigenthum des Mannes; war es denn weniger wunderbar, wenn ſo eine Dos, die z. B. 1/8 des ganzen Vermögens der Frau betrug, nun auf einmal 7/8 Zuwachs bekam, und die viel größere Nichtdos ipso iure eine Dos ward?

die aus ſeinem Vermögen hergekommen vergönnt war, konnte hier nicht zur Anwendung kommen, eben wegen dieſer Auflöſung aller Familienverbindung mit der Tochter. Hatte er zurückſtipulirt, ſo galt freilich für ihn, was für jeden Extraneus auch. Hätte man aber auch hier dem Vater eine rei uxoriae actio gewährt, wie bey dos profectitia, ſo würde doch die Frau ſelbſt damit keine Dos gehabt haben, und es hätte hier dann etwas, was keine Dos war, lediglich in dieſer Relation als Dos fingirt werden müſſen, was aber keine Wahrſcheinlichkeit hat.

So liegt hier alſo in dem Begriff Dos, wie wir ihn uns feſtſtellen müſſen, eine Nothwendigkeit, alle wahre Dos bey ſtrenger Ehe zu verneinen, und es kommt dabey vorerſt auf den Sprachgebrauch ſelbſt der juriſtiſchen Schriftſteller bey den Römern nicht an.

Allerdings aber iſt es nun doch intereſſant und zum Verſtändniß der Quellen unentbehrlich, nachzuſehn, ob die römiſchen Juriſten ſich den Begriff von Dos ſo genau gedacht, und ſich darnach bey dem Gebrauch des Wortes gerichtet haben, wo ſie juriſtiſch ſprachen? Wir ſollen uns durch ihren Sprachgebrauch nicht tyranniſiren laſſen, aber wir müſſen dieſen doch kennen, auch wo er vielleicht zu nachläſſig war.

In den wenigen juriſtiſchen Quellen, die von der ſtrengen Ehe handeln, kommt nirgends etwas von einer Dos vor, die dabey Statt gefunden habe; obgleich dazu wohl Veranlaſſung war. Aber freilich wird auch nirgends geſagt, daß keine Dos dabey Statt finde, und dazu war in den wenigen Stellen keine Veranlaſſung. In dem Titel de dotibus in Ulpians Fragmenten iſt durchaus nicht erkennbar, daß auch an eine ſtrenge Ehe gedacht worden. Im Titel der Vaticaniſchen Fragmente de re uxoria et de dotibus ſind Spuren genug, daß nur eine freie Ehe mit ihrer Dos ge-

meint war *). Nur ein Fragment iſt hier auffallend, von dem nachher die Rede ſeyn wird.

Der Recenſent beruft ſich auf Cicero Topica c. 4.

> quum mulier viro in manum convenerit, omnia quae mulieris fuerunt, viri fiunt *dotis nomine*.

Die Stelle iſt von einem nichtjuriſtiſchen Autor in einer rhetoriſchen Schrift, alſo ein uneigentlicher Ausdruck doch noch eher möglich, ſo genau auch ſonſt die Sprache hier zu ſeyn pflegt. Geſetzt aber auch Cicero hätte dieß aus einem juriſtiſchen Schriftſteller excerpirt, ſo kann doch der Sinn kein andrer ſeyn als dieſer;

> Geſchieht eine Conventio in manum, ſo erwirbt der Mann das ganze Vermögen der Frau, und die Frau bringt ihm dieſes gleichſam als eine Ausſtattung zu: ſie iſt nun mit ihrem ganzen Vermögen dotirt, d. h. ausgerüſtet, ausgeſtattet.

Dieſe uneigentliche Bedeutung grade des Ausdrucks *dotis nomine* läßt ſich zufällig beweiſen durch eine Pandektenſtelle. Ausgemacht iſt, daß eine Sklavin im juriſtiſchen Sinn ſchlech-

*) Z. B. wenn es in §. 98 zur Frage geſtellt wird, ob die Frau ſich durch Vertrag die Freiheit über die Dos zu teſtiren, gültig vorbehalten könne, oder wenn in §. 110 ganz allgemein geſagt wird, die Frau könne post nuptias noch gültig eine Dos promittiren und geben; aber freilich doch nur tutore auctore. — Daß der Ausdruck de dote actio, der ſo oft in den Juſtinianiſchen Pandekten vorkommt durch die neu aufgefundenen Vaticanen unzuverläßig geworden, hatte ich ſchon im Schluß der Vorrede geſagt. Allein dieß iſt doch nicht ſo zu nehmen, als wenn immer, wo ſie vorkommt, ein Emblem ſeyn müſſe. Die hieher gehörigen V. Fragmente ſind ſo viel man ſehen kann, bis §. 119 alle von Paulus, von wo an die Klage nicht weiter bezeichnet wird. Es reißt grade in einer Stelle von Papinian ab, wo vielleicht eine Bezeichnung gefolgt wäre. Nun findet ſich aber auch ſonſt, daß ein römiſcher Juriſt einen Lieblingsausdruck hat für eine Sache, die von andern oft auch anders bezeichnet wird. In Ulpian's Fragm. VI. 6. kommt repetitio dotis vor. So mögten ſchwerlich die Worte in L. 39. de iure dot. in f. (von Ulpian) et dos et dotis actio est, interpolirt ſeyn, ſo ferner hat ſchwerlich in L. 43. §. 1. eod. (auch von Ulpian) für dotis exactio, was dreimal vorkommt, rei uxoriae actio geſtanden, beſonders in der Mitte: effectus erit dotis exactioni, aber auch am Ende: ex die divortii tempora exactionis nnmerantur u. ſ. w.

terdings keine Dos haben könne, nun wird aber doch in L. 67. D. de iure dot. geſagt:

> Ancilla, quae nupsit, *dotisque nomine* pecuniam tradidit etc.

und da wird denn beſtimmt, wie es mit einer ſolchen imaginären Dos, einer ſolchen Quaſi-Dos gehalten werden ſolle *).

Viel mehr Schein erregt das Vatican. Fragm.

> Verum est, quod a quibusdam dicitur, omnia in dotem dari posse, argumento esse in manum conventionem.

Aber auch dieſer Schein verſchwindet, wenn man nur weiter nachfragt, weshalb das überhaupt zweifelhaft ſeyn konnte, daß eine Frau ihr ganzes Vermögen in dotem geben könne? Was konnte hier im Wege ſeyn?

Die Lex Cincia nicht, denn Datio oder Promissio dotis iſt kein Geſchenk der Frau an den Mann. Selbſt wenn ein Dritter an den Mann für die Frau gibt und darin eine Schenkung an die Frau liegt, ſo kann doch deswegen nicht revocirt werden, denn dem Manne, der die Sachen erhält, wird doch nichts geſchenkt **). Aber zwei Hinderniſſe konnten hier gedacht werden: 1) wenn Kinder aus einer frühern Ehe vorhanden waren. Dann lag eine Inofficioſität darin, wenn die Mutter ihrem zweiten Mann ihr ganzes Vermögen in dotem gab; denn wenn die Frau in der Ehe ſtarb, ſo behielt der Mann die Dos ***). Das war aber nur ein einzelner Fall, und ſo konnte dieß kein Hinderniß im allgemeinen ſeyn. Man konnte ja auch dadurch vorbeugen, daß man den Mann die Reſtitution an die Kinder auf jeden Fall verſprechen ließ. 2) die Lex Papia Poppaca konnte ein Hinderniß ſcheinen.

*) Vergl. L. 59. §. 2. L. 39. [de iure dot.
**) V. Fragm. §. 269.
***) L. 1. C. Theod. d. inoff. donat. L. un. C. Iust. eod.

L. 2. C. Theod. de inoffic. dotibus. *Constantius A. et Julianus C. Pomponiano.*

»Dote ab uxore marito data, filios ex priori matrimonio, si neque ultra dodrantem, neque in fraudem legis Papiae constituatur, de hac repetenda nullam constat habere actionem.«

Die Conſtitution iſt eben weil die Lex Papia da vorkommt, die Juſtinian aufgehoben hat, in ſeinem Codex nicht mit aufgenommen worden. Dieſes Geſetz, unter Auguſt, hatte bekanntlich vorgeſchrieben, daß Eheleute nur eine decima, oder doch nur einige decimas partes Einer aus dem Nachlaß des Andern ſollten erhalten können, und nur unter gewiſſen Vorausſetzungen ſollten ſie gegen einander solidi capaces ſeyn. Nun konnte man denken, eine Frau könne nicht bey Eingehung der Ehe ihr ganzes Vermögen zur Dos geben, da darin regelmäßig eine Umgehung der Lex Papia läge. Starb die Frau am Tage nach der Hochzeit, ſo behielt der Mann ihre ganze Dos, und ſo wäre ſie in fraudem Legis solidi capax gemacht worden, wenn ſie es gleich ſonſt nicht geweſen wäre. Allein jene Lex Julia wollte die Ehe befördern, und ſo wäre durch eine ſolche Strenge grade hintertrieben worden, was man doch erleichtern wollte. Und ſo nahm man hier bloß da eine Umgehung des Geſetzes an, wo die Frau recht eigentlich um das durch Dos zu bewirken, was ſie durch Teſtament nicht konnte, z. B. auf ihrem Todbett, die Beſtellung vorgenommen hatte.

Regelmäßig aber ließ man die Erſtreckung der Dos auf das ganze Vermögen zu *). Paulus beruft ſich dabey auf das Beiſpiel einer Conventio in manum, nicht deswegen etwa, weil hier auf eine andre Art das ganze Vermögen Dos wurde, ſondern weil hier ohne Dotis Constitutio ſchon nach dem Recht bewirkt wurde, was dort durch die reiche Dos, nämlich daß der Mann alles durch den Tod der Frau bekam, was dieſe jemals hatte und erwarb.

*) L. 4. C. J. de iure dot. *Alex. Sever. Nulla lege* prohibitum est, universa bona in dotem marito feminam dare.

Rechtsgeschichtliche Bemerkungen

von Puggé.

I. Zur Lehre von der Bonorum Venditio.

Um kurz den historischen Zusammenhang der Bonorum Venditio mit dem älteren Schuldrecht anzugeben, kann ich mich auf das berufen, was Herr G. St. R. Niebuhr in der neuen Bearbeitung seiner Römischen Geschichte [1]) darüber gesagt hat: wir werden dort belehrt, wie der Nexus und Adjudicatus verschieden sind, daß das poetelische Gesetz nur das Nexum der Person abschaffte und die Fiducia an dessen Stelle allgemein ward, und daß mithin die Addiction wegen Verschuldung oder Verbrechen allerdings noch nach jenem Gesetz über den hannibalischen Krieg hinaus fortbestanden habe. Aber auch sie sey abgeschafft und an ihre Stelle sey die possessio bonorum debitoris gekommen, wie auch selbst im Ausdruck sectio bonorum an die sectio corporis debitoris mahne. In zwey Puncten weiche ich jedoch von dieser Darstellung ab und diese muß ich zuerst berühren. Zuvörderst darin, daß ich die Dauer der Addiction später hinabsetze und annehme, sie und die Venditio Bonorum hätten eine Zeit lang nebeneinander bestanden [2]). Dann aber scheint es mir als müsste man sagen die Venditio Bonorum sey der per-

1) Römische Geschichte Bd. 1. S. 600 u. d. figg. namentlich S. 604. Anmerk. 1199.

2) Cicer. pro Flacco c. 19—21. Legis Rubriae c. 21, l. 19. c. 22, l. 46. seqq. Vergl. Hefftter Institutionen des römisch. und teutsch. Civil-Proceß. S. 550 namentl. Anmerk. 17.

ſönlichen Addiction parallel laufend oder an deren Stelle geſetzt zu denken. In der perſönlichen Addiction lag die Execution, und ebenſo dieſe auch erſt in der Venditio nicht ſchon in der Poſſeſſio Bonorum. Bey der Bonorum Venditio haben die Gläubiger ebenfalls ſechszig Tage lang die Poſſeſſio Bonorum, dreyſig Tage vor und dreyſig Tage nach der Erwählung des Magiſter, wie ſie ſechszig Tage vor der Addiction den Schuldner gefeſſelt hielten. Ich möchte daher lieber die Poſſeſſio Bonorum dem Zuſtand des ſechszigtägigen Gebundenſeyns entſprechend denken. Gegen dieſe Anſicht wird vielleicht jemand einen Widerſpruch finden in der Art wie Cicero in der Rede pro Quinctio die mit der Poſſeſſio Bonorum verknüpften Folgen darſtellt, indem er es dem Juder Aquilius (der in dieſem Prozeß über nichts anders zu ſprechen hatte, als ob die bona possessa fuerint nec ne) auf's dringendſte ans Herz legt zu bedenken, daß von ſeinem Richterſpruch fama fortunaeque P. Quintii abhiengen. Man wird ſich aber leicht überzeugen können, daß alle dergleichen Ausdrücke in der genannten Rede oratoriſche Uebertreibungen ſind, wenn man bedenkt, daß dem Schuldner, welchem ſeine bona possessa proscriptaque waren, doch noch ein Mittel zu Gebote ſtand der Schande zu entkommen, nämlich ſich mit den Gläubigern abzufinden, und gerade um dieſes zu erleichtern war die große Friſt von ſechszig Tagen gegeben, die bey dem Güterverkauf eines Verſtorbenen verkürzt war, um die Gläubiger nicht unnöthiger Weiſe länger hinzuhalten, da hier eine ſolche Abwendung der Ignominia nicht leicht vorkommen wird. Nirgendwo iſt zwar geradezu geſagt daß man die Bonorum Venditio und ihre Folgen durch Abfindung mit den Gläubigern nach der Beſitzergreiffung und ſelbſt der Proſcription noch vermeiden könne, es ſcheint mir aber ſich jedem aus einer Bemerkung des Gajus (IV, §. 79), quare autem tardius viventium bonorum venditionem complere jubent, illa ratio est, quia

de vivis curandum erat, ne facile bonorum venditiones paterentur, und aus den Worten Ulpians (L. 35. §. 1. D. de rebus auct. jud. possid.) defendere debitorem sicut, antequam ejus bona possiderentur, licet: ita post bonorum quoque possessionem ejus, sive ipse sui, sive alius defensionem ejus suscipiat, debet satisdare: sed satisdatione interposita judicium accipiatur et a possessione discedatur ohne näheren Erläuterung dieſer Texte zu ergeben.

Endlich glaube ich es nicht ganz unerwähnt laſſen zu dürfen, daß Gajus die Ignominia unmittelbar mit der Venditio Bonorum in Verbindung ſtellt (III. 154) von einer persona deren bona *possessa proscriptaque* ſind, aber nur als einer persona *suspecta* ſpricht (IV. 102).

Durch die richtige Beſtimmung des Verhältniſſes der Lex Poetelia erhält nun auch die Stelle Tertullians »sed et judicatos in partes secari a creditoribus leges erant: consensu tamen publico crudelitas postea erasa est: et in pudoris notam capitis poena conversa est, bonorum adhibita proscriptione. Suffundere maluit hominis sanguinem quam effundere« ihr richtiges Licht. Bis jetzt hat man dieſe Worte nämlich auf die Lex Poetelia bezogen. Tertullian ſagt die Sectio Corporis ſey abgeſchafft worden consensu publico, ein Ausdruck der es zweifelhaft läßt, ob dieſe Veränderung durch eine Lex ſtatt gefunden hat, oder ob nur eine andere Anſicht des Volks die alte Grauſamkeit unpractiſch gemacht, und ſtatt deſſen ein milderes Verfahren eingeführt hat. Wäre man berechtigt anzunehmen daß Tertullian einen *tacitus* consensus omnium im Sinne gehabt hätte, ſo könnte man eine desuetudo annehmen, eine Annahme die ſich ſehr durch die Nachricht des Gajus [3]) daß die Bonorum Venditio eine prätoriſche Univerſalſucceſſion begründet habe, empfiehlt. Derſelbe Schriftſteller erzählt uns, der Sage nach,

3) Lib. 4. §. 35.

ſey die Bonorum Venditio durch den Prätor Publius Rutilius (der im Jahr 648 nach E. d. St. das Conſulat begleitet hat) eingeführt worden. Der Magiſtratus, ſo ſcheint es mir, hat das was ſich ſchon factiſch gebildet hatte, in ſein Edict aufgenommen, hiermit würde alſo jene Deutung der Worte Tertullians nicht in Widerſpruch ſtehen.

Schon vor der Entdeckung des Gajus hatten wir durch Theophilus [4]) die Notiz daß die Bonorum Venditio eine prätoriſche Univerſalſucceſſion zur Folge gehabt hätte. Dieſe Autorität wurde aber in jener Zeit verworfen [5]), weil eine größere ihr zu widerſprechen ſchien. Bey Varro nämlich leſen wir und zwar irgend aus einem alten Juriſten: in emptionibus dominium legitimium sex fere res perficiunt: si hereditatem justam adiit: si, ut debuit mancipio ab eo accepit, a quo jure civili potuit, aut si in jure cessit, qui potuit cedere et id ubi oportuit, aut si usucepit, aut si e praeda sub corona emit, tumve *cum in bonis* sectioneve cujus *publice venit*. Hier wird alſo die Bonorum Venditio offenbar als eine Erwerbs-Art des ſtrengen quiritariſchen Eigenthums aufgeführt. Der Meinung, deßhalb Theophilus Angabe zu verwerfen, konnte man noch um ſo eher beyſtimmen, da es ſich wohl erklären ließ, wie der Paraphraſt in dieſen Irrthum gerathen ſeyn könne aus Unkunde des alten Rechts. Hierbey dürfen wir uns nun ſeit der Bekanntſchaft mit Gajus nicht mehr beruhigen, da dieſer den Theophilus durch übereinſtimmende Angaben gegen die gemachte Beſchuldigung vollkommen rechtfertigt, und ſo kommt denn eine Sache, die wir für hinlänglich erörtert hielten wieder zur Sprache.

4) ad pr. I. de successionib. subl. quae fiebant per bonor. vendit.

5) Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft 2ter Band. Berl. 1816. S. 375. Anmerk. 25.

Ich glaube davon ausgehen zu müſſen, ein Widerſpruch zwiſchen den Angaben der verſchiedenen Schriftſteller, wie ihn Unterholzner [6]) annimmt, kann unmöglich vorhanden ſeyn, der hätte nur durch die unverzeihlichſte Unwiſſenheit entſtehen können, ein Streit verſchiedener Meinungen iſt hier eben ſo wenig denkbar, und ſo muß es alſo irgend einen Punct geben, von dem aus der ſcheinbare Widerſpruch gelöſt werden kann. Ich finde jenen in Nachſtehendem.

Aus Gajus [7]) erfahren wir daß publice und privatim eine Bonorum Venditio ſtatt fand — Item si cujus ex sociis bona *publice* aut *privatim venierint*, solvitur societas — die Inſtitutionen und ihr älteſter Commentator [8]) geben publice aut privatim venire durch propter publica et privata debita venire. Nun ſpricht der Autor bey Varro keineswegs allgemein von den Folgen jeder Bonorum Venditio ſondern lediglich von denen propter publica debita. In Fällen wo wegen Schulden an die Staatskaſſe Güterverkauf ſtatt fand, ging alſo wohl quiritariſches Eigenthum über, ſonſt nur bonitariſches, und von dem letzten Fall ſpräche dann Gajus und Theophilus, von erſterem Varro. So ſcheint ſich die Antinomie zu löſen.

Es genügt nicht eine ſolche verſchiedenartige Wirkung nachzuweiſen, wir müſſen auch den Grund derſelben aufzeigen. Das Verfahren bey der Bonorum Venditio war kurz folgendes. Die Gläubiger erhielten von dem Prätor eine Poſſeſſio Bonorum, dann fand Proſcription ſtatt, einen gewiſſen Termin mußte dieſer Zuſtand währen, nun wurde ein Magiſter erwählt, der, wenn nach Ablauf des letzten Termins, der Prätor den Befehl zum Verkauf ertheilte, denſelben vollzog, jener addicirte wie es heißt, (addiciren iſt hier für verkaufen genommen, eine Bedeutung die ſich auch

6) Rhein. Muſ. erſter Jahrgang Heft 1. u. 2. S. 130. Anmerk. 4.
7) Lib. III. 154.
8) §. 8. I. de societ. et *Theoph.* ad h. t.

ſonſt noch in unſern Rechtsquellen findet) nicht der Prätor, das iſt nun aus Gajus klar. Durch dieſen Verkauf konnte natürlich der Käufer keine andere Rechte erhalten wie der prätoriſche Erbe ehe er uſucapirt hatte. Allein dieſes Verfahren war nicht das einzige, Feſtus [9]) ſagt uns Hastae subjiciebantur ea, quae *publice* venundabant. Dabey präſidirte nun ohne allen Zweifel ein Römiſcher Magiſtratus und nahm die Addiction vor, wodurch denn freylich ein quiritariſches Recht begründet wurde. Dieſe Stelle des Feſtus beſtätigt nochmal das was Varro geſagt hat, denn die Haſta wurde bekanntlich gebraucht zur Bezeichnung des quiritiſchen Rechts. Ich glaube wenn wir den §. 80. im dritten Buch von Gajus vollſtändig beſäßen, ſo würden wir in ihm dieſe verſchiedenen Fälle der Bonorum Venditio leſen. So viel läßt ſich aus den geleſenen Zügen erkennen, daß zuerſt von dem Verkauf die Rede war, der nur ſoviel Recht gab, wie der prätoriſche Erbe hatte, und nun ſcheint ein Gegenſatz zu folgen: (interdum quidem bonorum emptoribus etc.) bisweilen bedürfen die Bonorum Emptores aber der Uſucapion gar nicht, weil ſie ſchon ein volles Eigenthumsrecht hatten [10]). Der Zuhörer des Theophilus hat wahrſcheinlich, wenn ſein Lehrer auch über dieſe ſeltneren Fälle der Bonorum Venditio unterrichtet hat, es nicht für nöthig gehalten ſich etwas darüber zu bemerken, es war ja zu ſeiner Zeit Antiquität.

Im vierten Buch giebt Gajus [11]) verſchiedene Rechtsmittel an, deren ſich der Bonorum Emptor bedienen könne. Auſſer dem Poſſeſſorium finden wir noch zwey Klagen die Rutiliana und Serviana Actio. Auf den erſten Blick möchte man geneigt ſeyn, dieſe doppelten Klagen in Verbindung zu bringen mit der Venditio propter

9) Fest. P. D. S. V. *hastae.*

10) Puchta in den Jahrb. der juriſt. Literat. Jahrg. 1827. B. 4. S. 134.

11) Lib. IV. §. 35. u. 145.

publica et privata Debita, die Serviana auf den Verkauf wegen der erſteren, die Rutiliana auf den Verkauf wegen der letzteren zu beziehen. Dieſer Anſicht wird man aber nicht mehr zugethan ſeyn, wenn man näher die Natur dieſer Klagen unterſucht. Bey der Serviana Actio trat ebenſo wie bey der Bonorum Poſſeſſio die Fiction ein, der Kläger ſey Erbe, dagegen muß die Klage aus der Bonorum Venditio eines Staatsſchuldners eine directa ſeyn, welches aber die Rutiliana Actio keineswegs iſt, ſie hat die Formel der Klage eines Procurators (man vergl. §. 86. deſſelben Buchs), Procurator iſt nun aber der Bonorum Emptor doch nicht und ſo wird die Rutiliana wohl auch als Fictitia angeſtellt, es wird fingirt der Bonorum Emptor ſey ein Procurator, der Käufer des Vermögens aber hatte ja ſchon ein viel beſſeres Recht, er war ja wirklich Eigenthümer geworden. Vielleicht erklärt ſich dieſes ſo, daß man es für unpaßlich hielt wenn die Bona eines Lebenden verkauft wurden in dieſelbe ſuccediren zu laſſen ficto se *herede*, und daß man deßhalb ſeine Zuflucht nahm zu der Fiction, es handle der Verkäufer als Procurator des Schuldners alſo ficto se *procuratore* [12]).

12) Gaji institt. comment. quart. ed. Heffter. p. XVIII, adn. ad §. 35.

(Fortſ. folgt.)

Ueber die Reden der römiſchen Kaiſer und deren Einfluß auf die Geſetzgebung.

Von
Herrn Geheimen Juſtizrath und Profeſſor Dirkſen
in Königsberg.

Bei weitem die Mehrzahl derjenigen kaiſerlichen Reden über deren Inhalt wir den Mittheilungen der nichtjuriſtiſchen Claßiker Auskunft verdanken, verbreitet ſich über allgemeine politiſche oder adminiſtrative Gegenſtände, und hat, auch wenn man die Aechtheit jener claßiſchen Berichte weiter nicht in Zweifel ziehen will [1]), für die Geſchichte der römiſchen Rechts-

1) Wir räumen gerne ein, daß die Relationen der *Scriptores historiae Augustae* über dieſen Gegenſtand die Benutzung amtlicher Quellen, namentlich der *Acta Senatus R.*, nicht verkennen laßen; allein wir können nicht umhin, dieſen Autoren, ſo wie den frühern Hiſtorikern, eine große Freiheit in der Handhabung der Form ſolcher Quellen ſchuld zu geben. Deshalb ſind nicht nur Briſſonius, (*Select. Antiqu.* Lib. 1. c. 16. *de Formul.* Lib. 2. c. 170. *de V. S.* v. *Oratio.* §. 2.) und deßen getreuer Nachfolger O. v. Boecklen (*de orationibus Principum.* In G. Slevogt's *Opusc. de sect. et philosoph. JCtor.* Ien. 1724. 8.) zu tadeln, welche hier die Relationen der nichtjuriſtiſchen Claßiker denen der Juriſten, in Bezug auf deren Glaubwürdigkeit, vollkommen gleichſtellen; ſondern es iſt auch vornehmlich gegen Dodwell (*Praelection. Camden.* Prael. X. §. 1. p. 364. Oxon. 1692. 8.) zu proteſtirrn, der ſämtliche Reden an das Volk, den Senat, oder ſogar an ſeine nähere Umgebung, welche Dio Caſſius dem Auguſt in den Mund gelegt hat, für buchſtäblich ächt erklärt, weil dieſer Kaiſer alle dergl. öffentliche Mittheilungen zuvor ſchriftlich concipirt haben ſoll. (S. unten not. 3.).

verfaßung nur ein untergeordnetes Intereße. Anders verhält es ſich mit den Reden der römiſchen Kaiſer, deren die juriſtiſchen Quellen gedenken. Dieſe ſind ſtreng juriſtiſchen Inhalts, und bei deren Beziehung auf die Legislation läßt ſich ein zwiefaches Verhältnis unterſcheiden. Entweder dient die Oratio des Kaiſers blos als Form der Bekanntmachung eines ſchon gültig ausgeſprochenen geſetzgeberiſchen Willens; oder ſie iſt dazu beſtimmt, derjenigen Behörde, an welche ſie gerichtet iſt, lediglich Propoſitionen für die von ihr ſelbſt, mit größerer oder geringerer Freiheit und Selbſtſtändigkeit, anzuſtellenden Berathungen über Gegenſtände der Legislation an die Hand zu geben. Jenes weiſt auf denjenigen Zeitpunkt der politiſchen Verfaßung hin, wo die Ausübung der geſetzgebenden Gewalt factiſch im Alleinbeſitz des Souverains ſich befindet, und wir bemerken daher auch Orationes Principum dieſer Gattung vorzugsweis in der Periode der chriſtlichen R. Kaiſer [2]; dagegen Beiſpiele der andern Claße hat der Zeitraum der ſg. Pandecten-Juriſten, in welchem namentlich der Senat noch auf eine ſcheinbar ſelbſtſtändige Weiſe an der Geſetzgebung Theil nahm, in großer Anzahl aufzuweiſen, und dieſe ſollen uns hier allein beſchäftigen, indem ſie für die Geſchichte der römiſchen Rechtsverfaßung ein eigenthümliches materielles Intereße darbieten.

Die ſo eben angedeutete Beſchränkung unſrer Erörterung ſcheint auf den erſten Blick noch nicht eine Rechtfertigung dafür zu enthalten, daß hier ausſchließlich von Reden der R. Kaiſer an den Senat zu handeln ſei, da unverdächtige claßiſche Referenten außer dieſen auch der kaiſerlichen Reden

2) J. Gothofredus zum *Cod. Theod.* Lib. 4. Tit. 1 c. 1. not. 9. und im Commentar ebendaſ. T. I. p. 372. sq. der Ausg. von Ritter. Boeckelen a. a. O. p. 147. C. G. Hoffmann *Histor. I. R.* I. 1. P. 5. S. 2. §. 1. not. k. p. 372. sq. Lips. 1734. 4. Wegen früherer Beiſpiele vergl. man Vopiscus in Probo c. 13.

an das Volk, so wie an die Armee, gedenken [3]). Der Umstand entscheidet nicht, daß die juristischen Claßiker der Orationes Principum *in Senatu* recitatae mit besondrer Auszeichnung Erwähnung thun; denn sie heben in ihren Berichten den locus recitationis so auffallend hervor, daß gerade dadurch die Möglichkeit der Mittheilung kaiserlicher Reden an andern Orten eingeräumt wird [4]); ferner sie vermeiden bisweilen absichtlich die nähere Bezeichnung des locus recitationis, da wo sie desselben nicht vollkommen versichert sind [5]); endlich sie führen ausdrücklich Orationes Principum *in castris* recitatae an, und zwar solche die als Quellen neuer juristischer Feststetzungen betrachtet werden müßen [6]). Allein nichts desto weniger dürfen wir die *Orationes Principum in Senatu* als vorzugsweis geeignet für den Gegenstand unsrer nachfolgenden Betrachtung ansehn. Denn die Reden der Kaiser an die Volksgemeinde, welche eine neu zu begründende legislative Feststetzung bezweckten, erscheinen zwar auch als ein Vorbereitungsmittel für die Thätigkeit dieser besondern gesetzgebenden Behörde; allein in dieser Eigenschaft haben sie in Form und Wirksamkeit nichts eigenthümliches, was sie von den alten republicanischen suasiones legum zu unterscheiden vermocht hätte: denn die rogatio legis hatte auch bei ihnen den nehmlichen Verfolg, wie insbesondre die Geschichte der Lex Julia et Papia Poppäa bewährt [6a]), und es geschieht ihrer daher auch nur unter den ersten Kaisern Erwähnung, welche ihre Gesetzesanträge durch eigene

3) Suetonius *in Octav.* c. 84. sagt von Augusti: Neque in Senatu, neque apud populum, neque apud milites locutus est unquam nisi meditata et composita oratione.

4) Ulpian *Fragm.* Tit. 20. §. 7. L. 2. *D. de feriis* L. 8. pr. *D. de transact.* L. 3. *D. de fugitiv.* L. 32. pr. *D. de donat. int. V. et U.* L. 1. §. 1. *D. de reb. eor. qui sub tut.*

5) L. 1. §. 1. *D. de censib.*

6) *Fragm. Vatic.* §. 195. vergl. §. 213. §. 220. *Cod. Theod.* Lib. 7. Tit. 20. c. 1. c. 2. (L. 1. *C. Iust. de veteran.*).

6a) Zimmern Gesch. d. R. Priv. Rs. Bd. 1. §. 33. S. 109. fgg. Heidelb. 1826. 8.

Suasio populär zu machen ſuchten. Dagegen die Reden der Kaiſer an das Heer, inſoweit ſie neue bleibende Begünſtigungen des Soldatenſtandes betrafen, waren nur eine eigenthümliche Form der Bekanntmachung des kaiſerlichen Willens, der als Geſetz die Geſtalt einer K. Conſtitution annahm [7]). Dies geht nicht blos daraus hervor, daß von den kaiſerlichen Begünſtigungen der Soldaten-Teſtamente geſagt wird, ſie ſeien nachher in die Mandata Principum übertragen worden [8]), und daß als die Quelle der Befreiung der Soldaten von läſtigen Aemtern bald die Oratio bald die literae Principis erwähnt werden [9]); ſondern vornehmlich daraus, daß Conſtantin ſeine Oratio *in castris* habita über die Immunitäten der Veteranen ſofort mit einem kurzen Vorworte, welches dieſelbe zu einer Lex edictalis ſtempelte, mit ſelbſtſtändiger Geſetzeskraft verſehn hat [10]).

Bei den Orationes Principum *in Senatu* recitatae iſt der Zuſammenhang ein durchaus verſchiedener, obwol die Meinungen der Literatoren hierüber wenig übereinkommen. Die ältern Rechtshiſtoriker, die ſich mehr um die Aeußerlichkeiten der einzelnen Organe des poſitiven R. Rechts als um deren innern Zuſammenhang bekümmern, haben den Einfluß, den die kaiſerlichen Reden auf die Selbſtſtändigkeit des R. Senats in der Theilnahme an der geſetzgebenden Gewalt geäußert, zwar nicht ausdrücklich hervorgehoben, wol aber gelegentlich ihre Anſicht davon ausgeſprochen. Sie neigen ſich

7) S. des Verf. Civiliſt. Abhandlgg. Bd. 1. S. 303. not. 225.—228. Uebrigens bedarf es wol kaum der Bemerkung, daß dieſer Fall nicht mit jenem in Berührung ſteht, wo die Kaiſer in Reſcripten das nehmliche Princip anwendeten oder genauer ausbildeten, welches ſie oder ihre Nachfolger hinterher durch eine *Oratio in Senatu* zum allgemeinen Geſetz erhoben, oder welches ſie als bereits dazu erhoben vorfanden. L. 7. pr. §. 5. §. 6. vergl. L. 3. pr. *D. de donat. int. V. et U. Fragm. Vatic.* §. 228. L. 3. *D. de fugitiv.*

8) L. 1. pr. *D. de testam. milit.*

9) *Fragm. Vatic.* a. a. O. (oben not. 6.) vergl. L. 7. *D. de vac. et excus. mun.*

10) *Cod. Theod.* a. a. O.

nehmlich zu der Vorausſetzung, daß jene Reden der R. Kaiſer einer ſelbſtſtändigen Berathung des Senates keinen Eintrag gethan haben [10a]): man mag nun die unerweisliche Vorausſetzung des Briſſonius a. a. O. berückſichtigen, daß nur die minder despotiſchen Kaiſer ſich ſolcher Reden bedient haben, um dem Senat zur Theilnahme an Staatsverhandlungen zu verhelfen; oder man mag auf die nicht minder bedenkliche Petitio Principii eingehn, welche Boeckelen a. a. O. p. 116. dem Scip. Gentilis nachgeſchrieben hat, daß die Rede des Kaiſers an den Senat eine abſichtliche und genaue Nachahmung der Rogation in Comitien geweſen ſei. Die ſpätern Rechtshiſtoriker dagegen erblicken in dem Inſtitut der Orationes Principum eine unmittelbare Bevormundung des Senates durch den Kaiſer, und glauben den Beſchlüßen des erſtern alle Selbſtſtändigkeit aberkennen zu müßen [11]). Erſt in der neueſten Zeit hat ſich eine vermittelnde Anſicht gebildet. Hugo [12]), obwol er des Einflußes der Orationes Principum nicht im Zuſammenhange gedenkt, erklärt ſich entſchieden für eine gewiße factiſche Unabhängigkeit der Berathungen und Entſcheidungen des Senates. Zimmern [13]), der gleichen Anſicht zugethan, nimmt auf die Einwirkung der kaiſerlichen Reden genauere Rückſicht, und unterſcheidet die kürzeren unmotivirten, in Form eines Libellus eingekleideten, Propoſitionen von den ausführlicheren, und eigentlich ſo genannten, Orationes Principum. Beide Autoren halten ſich mehr an allgemeine Gründe der Wahrſcheinlichkeit, als an einzelne entſcheidende Zeugniße der Quellen.

10a.) Am beſtimmteſten hat ſich darüber ausgeſprochen B. H. Reinold *Opusc. iurid.* p. 393. sq. der Ausg. von Jügler. L. B. 1755. 8.

11) Heineccius *Edicti Perpet.* Tit. 32. (*Opp. postum.* T. II. p. 454. Genev. 1748. 4.) Bach *Histor. I. R.* III. 1. S. 3. §. 1. vergl. S. 4. §. 6.

12) Geſchichte des R. Rechts bis auf Juſtinian. S. 613. fg. der 9ten Aufl.

13) a. a. O. §. 23. S. 79. fg.

Denn wir wollen den Widerſpruch nicht einmal rügen, daß Zimmern [14]) die nehmliche Oratio Principis zuerſt in der Stelle, wo ihr der Namen Libellus beigelegt wird [15]), als Beweis für den Satz angeführt hat, daß ein ſolcher Libellus Principis ausſchließlich kurze unmotivirte Propoſitionen enthalten habe, und ſofort dasjenige Fragment, welches die Worte derſelben kaiſerlichen Erklärung unter dem Titel einer Oratio Principis mittheilt [16]), als Argument für das entgegengeſetzte Beiſpiel einer ausführlichen motivirten Rede beibringt; allein wir glauben gerade an dieſem Falle unwiderſprechlich darthun zu können, wie die Kunſtſprache der römiſchen Juriſten ſich der Ausdrücke Libellus und Oratio Principis als vollkommen identiſcher Bezeichnungen bedient hat. Dasſelbe läßt ſich auch aus dem Sprachgebrauche der nichtjuriſtiſchen Claßiker darthun, wozu ſchon mehrmals Verſuche angeſtellt ſind [17]); indem gerade hier eine ungleich größere Mannichfaltigkeit der Ausdrücke angetroffen wird, als bei den juriſtiſchen Referenten, die z. B. die Benennung *Epistola Principis* [17 a.]) vermieden zu haben ſcheinen, um nicht Anlaß zu geben zu einer Verwechslung der kaiſerlichen Reden mit

14) Ebendaſ. not. 9. und 10.

15) L. 20. §. 6. *D. de hered pet.*

16) L. 22. *D. eod.*

17) Fr. Hotomanus *Commentar. verbor. iur.* v. *Orationes Principum.* (*Opp.* T. I. P. 2. p. 817. Genev. 1599. F.) Böckelen a. a. O. p. 134. sq. Heineccius a. a. O. Treckell in den Anmkgg. zu des Briſſonius *Sel. Antiqu.* Lib. 1. c. 16. in f. not. a. der Ausg. der *Opp. minor.* des letzten. L. B. 1747. F. Abweichend äußert ſich Heineccius zu Briſſonius *de V. S.* v. *Liber.* §. 3. in f. Jene Autoren hätten für ihre Deutung noch manche entſcheidendere Beweisſtelle beibringen können, z. B. Trebellius Pollio *XXX. tyrann.* c. 12. c. 30. Vopiscus *in Probo* c. 11. *in Caro.* c. 5. Capitolin *in Maximin.* II. c. 12. c. 13. Herodian *Hist.* Lib. 7. c. 8.

17 a.) Es kommt dieſer Ausdruck zwar in der fraglichen Bedeutung vor, z. B. bei Ulpian in L. 1. §. 4. vergl. §. 2. *D. de offic. Quaestor.* allein durchaus nicht ſo wie bei den nichtjuriſtiſchen Referenten, als eine allgemein gangbare Bezeichnung.

der unter dieſem Namen bekannten Species der kaiſerlichen Reſcripte.

Erwägt man die Stellung des R. Kaiſers zum Senat im allgemeinen, ſo bewährt ſich das Inſtitut der Orationes Principum in ſeinen formellen Beziehungen keineswegs als eine entſchiedene Abweichung von der unter der Republik herkömmlichen Geſtalt der Senatsverhandlungen. Denn Böckelen a. a. O. p. 116 iſt eben ſo ſehr im Irrthum, wenn er dieſe K. Reden mit den Solennien der rogatio legum in Comitien vergleicht, als wenn er (ebendaſ p. 119.) behauptet, daß die republicaniſchen Beamten als Präſidenten des Senats ihre Anträge an das Collegium niemals umſtändlich motivirt haben, während in den Reden der Kaiſer eine ſolche Motivirung jederzeit angetroffen ſei. Eben ſo wenig als eine von dem perſönlich gegenwärtigen Souverain geſprochene oder verleſene Rede das frühere Herkommen zu verletzen ſchien, eben ſo wenig war dies bei einer ſchriftlichen Botſchaft des abweſenden Kaiſers an das Senats-Collegium der Fall, da dieſe doch ſtets vor anzuſtellender Berathung den Mitgliedern vorgeleſen werden mußte. Auch lag es in der Natur der Verhältniße, daß der Kaiſer in den mündlichen gleichwie in den ſchriftlichen Mittheilungen ſeine Anträge nach Umſtänden bald mit vollſtändiger Ausführung aller Einzelheiten, bald in der Form einer bloßen allgemeinen Andeutung ausdrücken konnte, ohne daß dies für die Einrichtung der Berathung des Collegiums unmittelbar einen Unterſchied begründet haben könnte: Indeß je weniger die formelle Seite der ältern Einrichtung dadurch zunächſt berührt wurde, deſto unmittelbarer und folgenreicher mußte ſich der Einfluß des neuen Inſtitutes der Orationes Principum in allen materiellen Beziehungen bewähren. Während die Autorität der republicaniſchen Beamten bei ihren Propoſitionen die Freiheit der Berathung der Senatsmitglieder nicht zu beeinträchtigen vermochte, ſo war dies bei den Anträgen und Botſchaften des Souverains ge-

rade umgekehrt; und wenn auch die ausführlichen motivirten, so wie die blos summariſchen unmotivirten Orationes v. Libelli ſich äußerlich nicht geradezu als Befehle des Kaiſers an den Senat zu erkennen gaben, ſo ſprach ſich doch bei den Reden der zuerſt genannten Gattung der kaiſerliche Wille ungleich beſtimmter aus, und es war natürlich daß der Senat ſich der unbedingten Beſtätigung des darin enthaltenen Antrages nicht entziehen zu dürfen glaubte, während die Botſchaften der andern Gattung den Senatoren noch eher die Ausübung einer freien Berathung zu vergönnen ſchienen.

Indem wir für dieſe Reſultate allgemeiner Betrachtungen eine Beſtätigung durch einzelne hiſtoriſche Argumente ſuchen, bietet ſich in Ermangelung directer genereller Zeugniße die Ausſicht dar, aus der Prüfung der ſonſt ſo reichhaltigen und genauen juriſtiſchen Terminologie der Römer Hülfe erwarten zu dürfen. Allein bei genauerer Erwägung nicht in vollem Umfange. Zwar bezeichnen die nichtjuriſtiſchen Claßiker die unter der Einwirkung der Vorſchläge des Souverains gefaßten Senatsbeſchlüße auf eine ſolche Weiſe, daß dadurch eine große Verſchiedenheit in dem Grade der Selbſtſtändigkeit der Berathungen des Senats-Collegiums angedeutet zu werden ſcheint [18]; indeß dieſe wechſelnden Benennungen erkennt die Kunſtſprache der R. Juriſten nicht an. Das von dieſer gleichmäßig angewendete Formular lautet: Princeps auctor factus Senatui censendi etc. [19] und nur ſelten begegnet man der etwas wortreichern; obwol ganz analogen umſchreibenden Bezeichnung: Princeps suasit, et ita Senatus censuit [20]. Eben ſo wenig ſpricht für die zuvor angedeuteten Abſtufungen in dem Einfluß der kaiſerlichen Reden auf die Selbſtſtändigkeit

18) Ueber die Redeformen: *Senatus decrevit Principe auctore; Princeps S C. fieri coegit, iussit, decernendum curavit* etc. vergl. die in des Verf. Civiliſt. Abhdlgg. Bd. 1. S. 98. beigebrachten Beweisſtellen.

19) Vergl. die Citate bei Beckelen a. a. O. p. 121. sq.

20) *Fragm. Vatic.* §. 294.

der Berathungen des Senats die Abwechslung, welche der juriſtiſche Sprachgebrauch bei der Anwendung der Bezeichnungen: *Senatusconsultum, decretum Senatus*, und *Oratio Principis*, zu erkennen giebt. Die von der Kunſtſprache zur Zeit der R. Republik beobachtete Unterſcheidung zwiſchen *S. C.* und *Senatus decretum* wird in dem Sprachgebrauche der Pandectenjuriſten durchaus ignorirt, welcher beide Bezeichnungen ſowol den in Gemäßheit einer kaiſerlichen Rede, als auch den ohne eine ſolche erlaßenen Senatsbeſchlüßen beilegt [21]). Wie ſehr aber die Ausdrücke: *S. C.* und *Oratio Principis*, von den juriſtiſchen Claßikern promiscue gebraucht werden, iſt längſt ſchon bemerkt worden [22]). Es bedarf hier nur noch des Zuſatzes, daß dieſelbe Verwechslung beider Ausdrücke eben ſo oft da angetroffen wird, wo der Senat eine ausführliche motivirte Oratio Principis beſtätigt, als auch da, wo derſelbe auf einen bloßen ſummariſchen Antrag des Kaiſers ein motivirtes *S. C.* erlaßen hat. Denn da wo die Commentatoren eines Senatus Conſultes der zuerſt genannten Art ſich auf die eigenen Ausdrücke der kaiſerlichen Propoſition ſtützen, gebrauchen ſie freilich regelmäßig die Bezeichnung: *Oratio Principis* [23]) und umgekehrt bedienen ſie ſich vorzugsweis der Benennung: *Senatus Consultum*, wenn ſie ſich auf die Texteworte eines ſolchen Senatsbeſchluſſes beziehen, welcher die ausführliche Erörterung eines kurzen kaiſerlichen Geſetzesantrages enthält [24]). Allein wie wenig dies Verfahren ohne Ausnahme

21) Briſſonius *de V. S.* v. *Decretum.* §. 2. in f. Unter den bei ihm citirten Beweisſtellen iſt L. 32. §. 24. §. 26. vergl. L. 33. pr. *D. de donatt. int. V. et U.* für unſern Zweck beſonders entſcheidend. Man kann noch folgende Stellen hinzufügen: *Fragm. Vatic.* §. 155. in f. L. 2. §. 1. *D. de his qu. ut indign.* L. 13. vergl. L. 3. L. 19. *C. ad S. C. Velleian.*

22) Briſſonius *Select. Antiquitatt.* Lib. 1. c. 16.

23) S. z. B. L 8. *D. de transact.* und L. 3. pr. L. 23. L. 32. *D. de donatt. int. V. et U.*

24) L. 20. *D. de hered. petit.*

gewesen sei, erhellet z. B. aus L. 5. §. 9. *D. de reb. eor. qui sub tut.*, wo von einem, nach L. 1. §. 2. ib. in der Rede des Kaisers selbst enthaltenem Punkte gesagt ist: *arbitrium huius rei Senatus dedit.* Bei einigen wenigen umschreibenden Bezeichnungen läßt sich mit Grund vermuthen, daß sie den ohne eine vorausgegangene kaiserliche Rede verfaßten Senatsbeschlüßen vorbehalten gewesen seien. Dahin gehört vornehmlich der Fall, wenn bei einem Senatusconsult der Name des Kaisers lediglich zum Behuf der genauern Zeitbestimmung der Entstehung desselben erwähnt wird, ohne Andeutung, daß der Wille des Souverains Einfluß auf diese Festsetzung gehabt habe [25]). Dagegen gilt nicht ein gleiches, wenn blos die Namen der Consuln genannt sind, oder der Senatsbeschluß den Familiennamen eines einzelnen Consuls trägt: denn jene Bezeichnung des Consulats, so wie diese Uebertragung von Consular-Namen auf die Senatus-Consulte, findet man auch bei solchen Beschlüßen, die entschieden durch Orationes Principum veranlaßt worden sind [26]).

Wir sind demnach hauptsächlich auf den Inhalt der einzelnen, durch kaiserliche Reden veranlaßten, Senatus-Consulte [27]) gewiesen, um darnach das Verhältnis des Senatsbeschlußes zu der Proposition des Souverains bestimmen zu können. Unter diesen, insoweit sie von strengjuristischem Inhalte sind, ist die Vergleichung des s. g. *S. C. Iuventianum*

25) z. B. mittels der Formel: *Temporibus illius Principis Senatus censuit.* L. 83. §. 1. *D. de hered. inst.* L. 20. *D. de reb. dub.* L. 1. §. 1. *D, ad S. C. Trebell* L. 1. pr. *D. de adsign. libert.* L. 5. *D. de fideic. libertatt.* L. 26. §. 7. ib. L. 3. §. 8. *D. de incend. ruina.* L. 1. *D. de collus. deteg.* L. 15. §. 3. *D. de iure fisci.*

26) *Fragm. Vatic.* §. 195. L. 20. §. 6. *D. de hered, petit.* L. 1. §. 1. *D. de reb. eor. qui sub tut.* Ulpian *Fragm.* Tit. 26. §. 7. L. 9. *D. ad S. C. Tertull. Pr. I. Iust. de S. C. Orphit.* Capitolin *in Marco* c. 11.

27) Freilich sind die gangbaren Verzeichniße derselben lange nicht vollständig; z. B. bei Brissonius *Sel. Antiqu.* a. a. O. *de Formul.* Lib. 2. c. 170. *de V. S.* v. *Oratio.* §. 2. obwol die Späteren, z. B. Boecklen a. a. O. p. 123. sq. lediglich daraus geschöpft haben.

de hereditatis petitione am belehrendsten. Wir beſitzen nämlich in L. 20. § 6. *D. de hered. pet.* den Hauptinhalt des eigentlichen Senatsbeſchluſſes, und in L. 22. ibid. einen Auszug aus der Rede Hadrian's, welche dieſen Beſchluß herbeigeführt hatte [28]). Von dieſer kaiſerlichen Rede wird in dem bezeichneten Pandecten-Titel nur da beſonders geſprochen, wo es ſich um die Ratio der neuen geſetzlichen Vorſchrift und um die daraus abzuleitenden Folgerungen handelt; auch beſchränken ſich darauf die aus der Rede ſelbſt beigebrachten Tertesworte. Dagegen bei allen Einzelheiten der in Frage ſtehenden legislatoriſchen Neuerung ſehen wir die R. Juriſten auf den Senatsbeſchluß ſelbſt Bezug nehmen, deßen mitgetheilte Ausdrücke ſich denn auch mit möglichſter Vollſtändigkeit über dieſen Gegenſtand verbreiten. Vergleichen wir nun damit die übrigen, durch kaiſerliche Reden veranlaßten, Senatus-Conſulte, über deren Entſtehung uns minder vollſtändige Nachrichten erhalten ſind, ſo ſcheint durch das bisher entwickelte die Behauptung gerechtfertigt zu ſeyn, daß wenn erhebliche Einzelheiten der geſetzlichen Verfügung ausdrücklich der Oratio Principis ſelbſt beigelegt, und die Originalausdrücke derſelben bekräftigt werden, zu vermuthen iſt, die kaiſerliche Rede habe nicht in einer kurzen Botſchaft des Souverains an den Senat, ſondern vielmehr in einem vollſtändig ausgeführten Geſetzesantrage beſtanden, und ſei von dem Collegium der Senatoren ohne weiteres bekräftigt worden. Als Beiſpiele der Art verdienen genannt zu werden: die Reden Marc Antonius über die *retractatio sententiae ingenuitatis* [29]), über den Vergleich wegen einer Alimenten-Forderung [30]), über die Verzögerung der Vollzie-

28) Daß hier nicht etwa eine andre *Oratio* desſelben Kaiſers gemeint ſeyn könne, ergiebt die Vergleichung des geſammten correſpondirenden Pandecten-Titels, (S. Heineccius *Edict. Perpet.* l. l. p. 455.) und die entgegengeſetzte Annahme Zimmern's (S. oben not. 14 — 16) beruht auf einem Misverſtändnis.

29) L. 1. §. 3. *De ne de statu defunct.*

30) L. 8. pr. §. 2—4. §. 6. §. 8. §. 12. §. 17. §. 20. *D. de transact.*

hung einer Criminal-Strafe wegen Appellation des Inculpaten an den Kaiſer [31]); ſo wie die Orationes von Septimius Severus über die *potiorum nominatio* bei der Beſtellung obrigkeitlicher Vormünder [32]), über die bei der Veräußerung gewißer Mündelgüter zu beobachtenden Förmlichkeiten [33]), und über die Schenkung zwiſchen Ehegatten [33 a]).

Dagegen iſt es ungleich bedenklicher, aus minder genauen Berichten der juriſtiſchen Claßiker dieſelbe oder eine entgegengeſetzte Folgerung abzuleiten. Denn wenn blos die Bezeichnung der Ratio der in Frage ſtehenden geſetzlichen Beſtimmung mit der Rede des Kaiſers in Verbindung gebracht iſt, ſo kann dies eben ſo gut auf eine bloße ſummariſche Propoſition des Souverains paßen, als auch dem Eingange eines höchſt motivirten ausführlichen Antrages entlehnt ſeyn [34]) Eben ſo die bloße ſummariſche Bezeichnung des Zweckes und Erfolges einer Oratio Principis kann aus dem Original der kaiſerlichen Rede geſchöpft ſeyn, oder auch als bloße Andeutung des ausführlichern Inhalts derſelben dienen [35]).

31) L. 6. §. 9. *D. de iniusto rupto.*

32) *Fragm. Vatic.* §. 158.

33) L. 1. *D. de reb. eor. qui sub tut.* vergl. L. 2. *C. de curat. furios.* L. 1. *C. de praed. et al. reb. minor.*

33 a) Vergl. die folgende not.

34) Dies geht z. B. aus der Vergleichung von L. 3. pr. L. 32. pr. mit §. 2. §. 14. *D. de donatt. int. Ve et U.* hervor, wo zuerſt blos der Zweck des neuen Geſetzes nach der Rede des Kaiſers bezeichnet, hinterher aber angedeutet iſt, daß dieſe Oratio ſich auch über die Einzelheiten des Gegenſtandes und Anfanges der zu treffenden Anordnung verbreitet habe. S. ferner L. 59. L. 60. §. 5. L. 64. §. 1. L. 67. §. 1. §. 3. §. 4. *D. de R. N.*

35) Vergl. z. B. L. 10. pr. *D.* eod. L. 2. *D. de feriis*, L. 2. §. 4. *D. de collus. deteg.* L. 3. *D. de fugitiv.*

Ueber

Gellii noct. att. Lib. X. cap. 23.

Von Haſſe.

In dieſer Stelle hat man bisher eine Richtergewalt des Mannes und alſo eine Beſtätigung des älteſten iudicium de moribus, von dem ich in meinem Buch über das Güterrecht röm. Ehegatten. B. I. S. 172 — 180 geredet habe, finden wollen. Die Worte des Capitels welche hieher gehören ſind dieſe:

> M. Cato non solum existimatas, sed mulctatas quoque a iudice mulieres refert non minus, si vinum in se, quam si probrum et adulterium admisissent. Verba M. Catonis adscripsi ex oratione, quae inscribitur de dote, in qua id quoque scriptum est, in adulterio uxores deprehensas ius fuisse maritis necare. *Vir*, inquit, *cum divortium fecit, mulieri iudex pro censore est, imperium quod videtur habet, si quid perverse tetreque factum est a muliere, mulctatur, si vinum bibit, si cum alieno viro probri quid fecit, condemnatur.*

Die unterſtrichenen Worte ſind es zunächſt, worauf es hier ankommt. Was Gellius als eine antiquariſche Merkwürdigkeit erzählt, hatte Cato ſehr ernſthaft gemeint. In ſeiner Rede wollte er zeigen, wie in dem praktiſchen Recht ſelbſt ſtrenge Zucht der Frauen, und Obermacht der Männer über

ſie gegründet ſey. Da ſchien es denn recht in die Augen, daß der Ehemann als Richter und Cenſor ſeiner Frau dargeſtellt werde. Allein es entſtand die Schwierigkeit: wie konnte nur der Mann die Frau noch richten, nachdem er ſie ſchon verſtoßen, ſich ſchon von ihr geſchieden hatte? Daß er der Beleidigte ſelbſt Partei wär, konnte nicht, wie Wächter (über Eheſcheidungen bey den Römern S. 108) meinte, Bedenken erregen, denn das war ja in der Ehe nicht anders. Aber wie konnte er, der ſchon aus allem Nexus mit der Frau herausgetreten war, noch eine Richtergewalt üben, ſelbſt wegen eines Vergehens, was während der Ehe begangen worden, denn daß ein ſolches gemeint iſt, kann keinen Zweifel leiden? Es gab hier zwey Wege, dieſer Schwierigkeit zu entgehen, die ich beide S. 179 nachgewieſen hatte, indem ich wohl mit gutem Grunde Wächter's Vorſchlag, ſtatt iudex index zu leſen, misbilligte, nämlich entweder anzunehmen, daß der Mann, der die Manus hatte über die Frau, zwar die Ehe an und für ſich durch die Erklärung zerſtöhrte, daß er geſchieden ſeyn wolle (»tuas res tibi habeto«), aber ſie noch vorerſt nicht emancipirte, und ſo die Schwierigkeit zu umgehen, oder ſie geradezu in Abrede zu ſtellen, und zu ſagen, ein Familiengericht habe doch nach alter Sitte über die Frau ſtatt finden müſſen, durch die ſtrenge Ehe — denn dieſe ſetzten wir voraus — ſey ſie nun aber aus allem Familien-Nexus der Poteſtas und der Agnatio längſtens herausgetreten geweſen, und ſo habe ihr der neugeſchiedene Mann doch immer am nächſten geſtanden. Es ließen ſich auch beide Erklärungsarten mit einander vereinigen. Aber wer kann es leugnen, daß dieſe Auswege beide etwas Anſtößiges haben? Der erſte mögte zu künſtlich ſeyn, da doch wohl unter dem ſimpeln Wort divortium hier beides begriffen wurde, die Verſtoßung aus der Ehe und aus der Manus, da ſie gewiß faſt immer zugleich geſchahen; der zweite hat das Bedenkliche, daß mit den Verwandten doch

immer noch die Verbindung des Bluts blieb, wogegen bey der Scheidung was freie Liebe verknüpft hatte nun durch Widerwillen und Feindſeligkeit rein und ganz aufgelößt war. Aber in den Worten, ſo wie wir ſie anzuſehen pflegten, war doch die Richtergewalt des Mannes noch nach geſchiedener Ehe klar und deutlich ausgeſprochen!

Wer dieſe Stelle las conſtruirte »vir« mit »iudex pro censore est« zuſammen, in allen Commentaren, die ich habe zu Geſicht bekommen können, findet ſich dieß. Indeß kann ich nicht mit Beſtimmtheit ſagen, ob nicht ſchon jemand anders conſtruirt hat, ich glaube aber nicht. In der Recenſion meiner oben erwähnten Schrift, deren ſchon einmal in dieſem Stück der Zeitſchrift S. 75 gedacht worden, werden nun aber die Worte anders verbunden, und es iſt mir eine Freude, daß ich, nachdem ich dort dem Recenſenten habe widerſprechen müſſen, ihm hier vollkommen beypflichten kann. Vielleicht kam ihm zu Hülfe, daß er zufällig die Worte ohne das Einſchiebſel »inquit« wie in der Recenſion, abſchrieb, denn er will durch Aenderung der Interpunction helfen, und wenn man dann nur das Komma hinter »vir« ſtreicht, ſo iſt die Sache gemacht. Dieſe Vermuthung ſoll aber das unleugbare Verdienſt deſſelben nicht verkleinern, uns zuerſt darüber belehrt zu haben, wie man anders conſtruiren könne. Die Interpunction kann nun bleiben, wie ſie oben gemacht worden, ſetzt man freilich nach heutiger Art ein Semicolon hinter »fecit«, ſo wird die Sache nur noch klarer. »Vir« wird nun bloß mit fecit verbunden, und es iſt nun der römiſche Juder, nicht der Mann, der hier wie ein Cenſor verfährt, damit die Frau gezüchtigt und beſtraft werde, wie ſich's gebührt. — »Wenn der Mann ſich von der Frau trennte, ſo richtet der Juder gleich einem Cenſor über die Frau und ihr Betragen.« Mein Geſchäft ſoll es hier nur ſeyn, dieß etwas genauer zu entwickeln, und wo möglich bekannter zu machen, da es mitten in einer großen Recenſion einer allgemeinen Li-

teraturzeitung ſo leicht überſehen wird. So iſt mein Verdienſt ſehr untergeordnet aber doch nützlich.

Allem Uebel kann nun nämlich dadurch geſteuert werden, daß man die Stelle von dem ganz gemeinen Juder in Civilſachen und von dem ganz gemeinen Judictum de moribus verſteht, von welchem Ulpian VI. 12. redet. Es läßt ſich ganz füglich alles auf die Strafe beziehen, welche die Frau durch Verluſt an der Dos oder wenn man eine ſtrenge Ehe annimmt, an dem, was ſie dotis nomine einbrachte, d. h. an ihrem ganzen Vermögen, erlitt; und man hat nicht nöthig, hier an eine beſondre »Geldſtrafe« oder an ein criminelles »Verdammungsurtheil« zu denken. Vielleicht hat dieß auch der Recenſent gar nicht gemeint, aber durch dieſe in der Kürze gebrauchten Ausdrücke könnte leicht ein ſolches Mißverſtändniß aufgeregt werden. Die Worte »imperium«, »mulctare« ſind nicht techniſch, als ginge jenes auf ein Imperium, wie es der Magiſtratus ſonſt nur hat, was aber für dieſen Fall auf den Juder übertragen ſey; dieſes auf eine mulcta, wie ſie ſonſt die Magistratus auflegten, um ſich Gehorſam zu verſchaffen. Das Beſondre, was in der Rede herausgehoben werden ſollte, iſt, daß derſelbe Juder, der ſonſt nur die Thatſachen in Beziehung auf poſitives Recht und nach Anleitung der ihm gegebenen Formel zu unterſuchen hatte, hier mit einmal ein Sittenrichter wird, weil die Sittenloſigkeit einer Frau nicht ungerügt hingehen darf. Ihm iſt hier kein Imperium formell übertragen, aber er hat den Inhalt deſſelben und zwar wie der Cenſor ihn hat: nach Ermeſſen (»quod videtur«) hat er über die Aufführung der Frau zu erkennen. »Culpa mulieris mulctanda est« kommt in L. 38. D. solut. matr. vor von dem Falle, da die Frau unrechtmäßig ohne Schuld des Mannes die Ehe aufrief (»culpa mulieris matrimonium dissolutum«), und es wird in Beziehung auf das Recht des Mannes, deshalb die Dos zu retiniren, geſagt.

Daß vorher von einem Juder die Rede iſt: »mulctatas quoque a iudice mulieres refert etc.« ſcheint mir zwar kein ſtringenter Beweis für die Richtigkeit der neuen Erklärung, denn man könnte den Zuſammenhang ſo auslegen: der Richter legt ihr Buße auf, wenn ꝛc. Dieſer Richter iſt aber der Mann, wie es denn nun in Cato's Worten ſelbſt heißt. Allein die neue Erklärung iſt den Worten gemäß, iſt natürlich und ungezwungen, und hebt alle Schwierigkeiten.

Das Wort »condemnare« hat die ganz gewöhnliche Bedeutung: »in etwas verurtheilen,« was denn auch Verluſt der Dos oder an der Dos ſeyn kann. War es ein Theil der Dos, ſo war es in gewiſſem Sinn eine Geldſtrafe, da hier ohne Zweifel eine Aeſtimatio geſchah. Wer aber den Theil in Geld auszuzahlen hatte, der Mann oder die Frau, das richtete ſich doch nach den Umſtänden. Einen beſonders bedeutenden Gegenſatz zwiſchen »mulctare« und »condemnare« ſoll man hier gar nicht unterlegen. Die Mehrzahl der Zeitworte iſt rhetoriſcher Schmuck, oder vielmehr rührt aus oratoriſcher Lebhaftigkeit her: beging ſie etwas Schlechtes und Unehrbares, ſo wird ſie gebüßt *), trank ſie Wein, oder that ſie Arges mit einem fremden Mann, ſo wird ſie verurtheilt. Immer mag man hier jedoch eine Steigerung annehmen, das ändert nichts, und darf auf keine criminelle Verurtheilung führen. Daß Ulpian a. a. O. ſagt, nur der Ehebruch für ſich allein mache die graviores mores aus, alles übrige gehöre zu den leviores, kann nicht irren, denn das Weintrinken der Weiber für eine ſo große Unzucht anzuſehn, war ſchon zu Gellius Zeit Antiquität. Daß aber in Cato's Rede von dem Juder hier ſo viel Macht und Willkür behauptet wird, beſtätigt die in meiner Schrift Not. 256 erwähnte Vermuthung, daß ehmals auch auf Verluſt der ganzen Dos und überhaupt nach Umſtänden bald auf mehr bald auf weniger Verluſt an der Dos erkannt werden konnte, und

*) Ueber die active Bedeutung des Worts »büßen« ſ. Adelung.

daß erſt durch ſpätere Geſetzgebung, vielleicht die Lex Papia Poppaea, die Sache endlich ſo beſtimmt wurde, wie Ulpian es vorträgt. Denkt man ſich eine ſtrenge Ehe, ſo konnte hier immer das ganze Vermögen der Frau genommen werden, ſobald ihr Vergehen nur groß genug war; dieß und daß dabey die Sittenloſigkeit durch alle Grade abgeſchätzt wurde, die Frau aber auch im Judicium ganz freygeſprochen werden konnte, war wohl ein merum arbitrium und eine plena potestas, die mit dem Imperium eines Cenſors redneriſch verglichen werden konnte. Die hauptſächlichen Worte würde ich alſo nun ſo wörtlich überſetzen.

»Scheidet ſich ein Mann von ſeiner Frau, ſo richtet über ſie der Juder einem Cenſor gleich, ihm iſt hier Vollmacht und Gewalt »nach Gutdünken« gegeben. Hat ſie etwas Schlechtes und Verwerfliches begangen, ſo wird ſie gebüßt, hat ſie Wein getrunken, hat ſie mit einem fremden Manne Arges gethan, ſo wird ſie verurtheilt.«

Damit wird denn aber gar nicht das alte Iudicium de moribus, das Familiengericht über die Frauen, welchem der Mann vorſtand, und welches aus andern Zeugniſſen hervorgeht, aufgehoben, aber in meinem Buch wird die lange Note 254 dadurch aufgehoben, und ich nehme mit Vergnügen von ihr Abſchied.

Bemerkungen in Nebenſtunden.

Von

Herrn Profeſſor Hefftter.

I. Ueber l. 76. pr. D. de legat. II.

Papinian hatte nach dem angeführten Fragment im 7ten Buche ſeiner Reſponſorum folgendes geſagt:

> Cum filius *divisis tribunalibus* actionem inofficiosi testamenti matris pertulisset, atque ita variae sententiae iudicum extitissent, heredem, qui filium vicerat, pro partibus quas aliis coheredibus abstulit filius, non habiturum praeceptiones sibi datas, non magis quam ceteros legatarios actiones, constitit: sed libertates ex testamento competere placuit, cum pro parte filius de testamento matris litigasset etc.

Seinem weſentlichen Inhalt nach hat dieß durchaus keine eigenthümlichen Schwierigkeiten; auch aus andern Stellen iſt bekannt, daß ſich bei der querela inofficiosi der Fall ereignen konnte, daß der Erheredirte nur in Beziehung auf Einige der eingeſetzten Erben die Querel durchzuſetzen vermochte, mit der Folge, daß nun der Erblaßer pro parte testatus, pro parte intestatus geſtorben zu ſeyn ſchien. M. ſ. l. 15, §. 2. und l. 24. D. de inoffic. und l. 13. C. eod. Hier iſt jedoch überall die Erklärung zuläßig, daß der Enterbte die ihm entgegenſtehenden Teſtamentserben entweder bei verſchiednen Richtern, oder doch zu verſchiednen Zeiten angriff, und dann kann man bei der varietas sententiarum nichts Auffallendes finden. Papinian dagegen hat offenbar einen Fall vor Augen, wo in demſelben Proceß vor denſelben Richtern theils für, theils gegen den Kläger oder Querulanten entſchieden ward. Denn daß es nicht nöthig iſt, der Florentiniſchen Lesart: divisis tribunalibus, die vulgate: diversis tribunalibus wieder zu ſubſtituiren; daß jenes ſich auf das qua-

druplex judicium centumvirale bezieht, wo die vier consilia einzeln abstimmten und also in demselben Proceß eine varietas sententiarum entstehen konnte, ist von den unterrichtetern Auslegern längst bemerkt worden, besonders von Cujas (Obs. 10, c. 20.). Eben derselbe hat auch schon auf den vom jüngern Plinius in deßen Briefen Bch. 6. Br. 33. erzählten Fall aufmerksam gemacht, wo ein gleiches Verhältniß eingetreten zu seyn scheint. Die Worte von Plinius sind:

> Accia Variola, femina splendide nata, nupta praetorio viro, exheredata ab octogenario patre, intra undecim dies, quam illi novercam amore captus induxerat, quadruplici iudicio bona paterna repetebat. Sedebant iudices centum et octoginta (f. quadraginta); tot enim quatuor consiliis colliguntur. — Secutus est varius eventus. Nam duobus consiliis vicimus, totidem victi sumus. Notabilis prorsus res et mira, *eadem in causa, iisdem iudicibus, iisdem advocatis, eodem tempore* tanta diversitas accidit casu, quod non casus videretur. Victa est noverca, ipsa heres ex parte sexta; victus Suberinus, qui exheredatus a patre singulari impudentia alieni patris bona vindicabat, non ausus sui petere.

Also ein beinahe vollkommen gleicher Fall, wie ihn Papinian sich gedacht haben muß, nur daß bei ihm ein mütterliches, bei Plinius ein väterliches Testament angegriffen ward. Indem wir nun für dieſen Fall eine Auflöſung finden, ergiebt ſie ſich auch zugleich für Jenen. Die Gegner der Accia waren nach meinem Dafürhalten ihre Stiefmutter, eingeſetzt zum ſechsten Theil, ſodann ein gewißer Suberinus oder Suburranus, ein ſchlechtes Subject nach Plinius, und auſſerdem unſtreitig noch Ein oder der andre *coheres*, welche, wenn es ihrer mehrere waren, ſich wenigſtens in derſelben Lage befanden. Die Sache ward unter allen Parteien zu gleicher Zeit vor den vier Centumviral-Senaten verhandelt. Daß dieſe einzelnen Conſilia jedes für ſich nach Mehrheit der Stimmen votirten und dann die Geſamtſtimmen verglichen und gezählt wurden, iſt aus dem Bericht von Plinius ſelbſt zu entnehmen, ja gewiß *). Da geſchah es nun daß Accia mit zwei Geſamtſtimmen in Beziehung auf die zuletzt erwähnten Miterben abgewieſen ward, dagegen aber eben ſo viele Ge-

*) Vgl. Val. Max. 7, 7, 1. „omnibus non solum consiliis sed etiam sententiis superior discessit.“

samtstimmen siegreich gegen die Stiefmutter und Suberinus erhielt, so daß diese nun ihre Antheile herauszugeben genöthigt waren — Nur so und nicht anders vermag ich Plinius zu verstehn.

Wie aber konnte in aller Welt ein solcher Ausfall der Abstimmung sich ergeben? Ich sehe keine andre Möglichkeit, als anzunehmen: In Bezug auf jeden Beklagten ward den vier Consilien die Frage vorgelegt, ob er zu verurteilen oder zu absolviren sey. Gegen die Stiefmutter und Suberinus sprachen nun drei Collegien auf Verurteilung, und nur eines auf Freisprechung; hinsichtlich der noch übrigen dritten Partei waren drei Collegien für Absolvirung und nur Eines für Verurteilung. Die Stimmen standen in der ersten Beziehung wie 3 zu 1, und in der letztern wie 1 zu 3 für Accia. So konnte Plinius sagen: duobus consiliis vicimus, totidem victi sumus. Und so verstehe ich auch das divisis tribunalibus bei Papinian; die Ansichten der einzelnen Consilien waren getheilt, nur zum Theil vortheilhaft und siegreich für den petitor. Ganz auf eine ähnliche Weise ward bei den Athenern in Erbschafts-Petitionen abgestimmt, wenn verschiedne Parteien mit ungleichen Rechtsansprüchen sich vorfanden. Für jede derselben war eine Urne zur besondern Stimmsammlung hingesetzt und das Verhältniß der verurteilenden oder absolvirenden Stimmen entschied für jeden besonders *).

Man könnte nun zwar auch noch die Meinung aufstellen, daß vielleicht zwei Senate der Centumvirn wegen der Mehrheit und des verschiedenen Interesse der Beklagten über die Ansprüche gegen die Stiefmutter und Suberinus, zwei andere über den Anspruch gegen die übrigen Miterben zu entscheiden beauftragt worden, oder so, daß jeder einzelne Senat über einen und den andern Theil des Anspruchs nach den Personen der Beklagten zu entscheiden gehabt, und auf diese Art das duobus vicimus, totidem victi sumus erklären: Allein für eine solche unangemeßene Zersplitterung der Sache läßt gar kein vernünftiger Grund sich denken, da sie in den meisten Sachen zu conträren Urteilen führen mußte. Außerdem wißen wir ja überhaupt, daß die Centumvirn ein quadruplex iudicium gewöhnlich bildeten und besonders wo von Erbschaftssachen die Rede ist **): warum hätten denn gegen einen einzigen Be,

*) Vgl. Platners Proceß und Klagen der Attiker. Th. 2. S. 315. und meine athen. Ger.-Verfaßung. S. 327. flgg.

**) Quintil. I. or. XII, 5. „quatuor autem judicia, *ut moris est*, cogerentur.“ Plin. Epp. I, 18, IV, 24.

klagten alle Tribunalien zuſammen ſprechen müßen, gegen mehrere aber nur einzelne? Was nun wohl die Meinung von Cujas geweſen ſey iſt mir nicht klar. Er ſagt am angef. Ort:

> Querela inofficiosi testamenti — *centumvirale iudicium* dicitur in libris nostris, et *hastae iudicium*, et *quadruplex* vel *duplex* iudicium Plinio et Quintiliano. Nam, ut iidem declarant, dividebantur centumviri in consilia et tribunalia modo duo, modo quatuor. Et hoc est quod proponitur in l. (76. pr.) *cum filius* D. de legat. 2. *divisis tribunalibus* actum querela inofficiosi testamenti. Quo genere interdum eveniebat, ut duobus consiliis (constabat unumquodque pari iudicum numero) vinceret actor et totidem vincerentur. Et vero ita sententiis paribus eius partis, si duplex iudicium centumvirale fuerit, vel earum partium, si quadruplex, sententia praevalet quae tuetur defuncti voluntatem. Hoc enim humanius esse ait l. (10.) *si pars* D. de inoff. testam. quae *partem iudicantium* dicit, ut *partem centumviralium* Quintilianus lib. V. (XII, c. 5.) Sed addit lex *si pars* notabilem exceptionem: nisi aperte iudicem inique secundum scriptum heredem pronuntiasse apparebit, ut ecce in causa Acciae Variolae apud Plinium VI. epist., quae exheredata a patre egerat de inofficioso testamento adversus novercam heredem scriptam ex sextante et Suberinum ex reliquis partibus, ac duobus consiliis vicerat, duobus succubuerat. Filia hereditatem obtinuit et patrem intestatum fecit, quia meritorum habita comparatione iniquum erat filiae praeferri novercam, cuius insano amore captus — pater filiam exheredaverat: iniquum filiae praeferri extraneum, proprii patris iudicio damnatum.

Für falſch halte ich zuerſt das iudicium duplex centumvirale mit dem quadruplex in Verbindung zu bringen, eben ſo wie es unrichtig iſt, die pars centumviralium bei Fabius für eine pars judicantium zu halten; dann aber iſt es gewiß ein Irrthum anzunehmen, daß auch die Stiefmutter und Suberinus in dem Fall der Accia die Stimmen zweier Tribunäle für ſich gehabt, und daß nun Abwendung von dem Rechtsſatz gemacht worden, der bei Marcellus in l. 10. D. de inoff. test. ſo lautet:

> Si pars iudicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet, humanius erit, sequi eius partis sententiam, quae secundum testamentum spectavit, nisi aperte iudices iniqne secundum scriptum heredem pronunciasse apparebit.

Wenn dieſer Satz ſchon zu Trajans und Plinius Zeiten gegolten hätte, ſo iſt kaum zu bezweifeln, daß Plinius bei der Erzählung des Ausgangs der Sache von Accia, ſo kurz ſie auch iſt, Etwas davon würde haben einfließen laßen. Denn angenommen, zwei Tribunäle hätten für die Klägerin, zwei gegen ſie und für die beiden einzigen heredes scriptos geſprochen, ſo hätte der Vorſtand des Gerichts, wollte er nicht das Teſtament wegen Stimmengleichheit aufrecht erhalten, doch jedenfalls unterſuchen und ausſprechen müßen, ob in dem Urteile für das Teſtament eine aperta iniquitas enthalten geweſen. Deßen gedenkt aber Plinius mit keinem Wort. Er ſtellt ſeine Clientin als Siegerin gegen die Stiefmutter und Suberinus dar, alſo gegen das Teſtament; ja er ſagt nicht einmal, daß dieſe Gegner ebenfalls duobus consiliis geſiegt hätten. Sondern es heißt victa — noverca, victus Suberinus. Hier bleibt alſo nichts übrig, als das Daſeyn von noch andern Miterben anzunehmen, die ihrerſeits völlig obſiegten, und deren Plinius nur der Kürze wegen nicht gedenkt, ſo wie in unſrer Digeſtenſtelle von Papinian ausdrücklich ein heres qui filium vicerat divisis tribunalibus vorkommt. Und dieſe Anſicht würde darauf hinausgehn, daß, wie auch ſchon immer geglaubt worden iſt, die querela inofficiosi nach älterm Recht auf eine reine quaestio facti hinausgieng, ja daß man dabey ſogar die Individualität der eingeſetzten Erben in Vergleichung mit der des Angreifers in Erwägung zog und es nicht als einen Widerſpruch betrachtete, ein Teſtament in Anſehung eines Theils für durchaus rechtmäßig und nicht verletzend, in Anſehung Andrer dagegen für verletzend oder inofficiös erklären, ſofern nämlich in der Einſetzung gewißer Leute ſich beſonders ein unverdienter, naturwidriger Haß gegen einen Pflicht-Erben ausſprach.

II. Zu Johannes Lydus *de magistratibus.*

Kein Buch iſt ſo ſchlecht, woraus nicht am Ende doch Einiges zu lernen, beſonders wenn es hiſtoriſche Aufzeichnungen enthält. So iſt es auch mit Johannes dem Lyder und ſeinem Buche de magistratibus. Sehr wichtig für die Geſchichte ſeiner Zeit und für die Kenntniß der ſpätern Gerichtsverfaßung iſt vornehmlich das zweite und dritte Buch dieſes Werkes, aber auch noch einer ſorgfältigen Behandlung bedürftig. Dieſe eignet ſich jedoch zu einer blos ſubſeciven Arbeit. Nur die Frage ſoll gegenwärtig kurz beleuchtet werden, ob jener Lyder die Schriften der ältern Juriſten, auf die er ſich bezieht, wirklich vor Augen gehabt haben möge? oder ob er ſie nur aus den Digeſten Juſtinians kannte? Die Frage beantwortet ſich am Beſten durch einfaches Zuſammenlegen der hierauf bezüglichen Stellen.

I. Von Junius Gracchanus heißt es im prooemium (p. 2. ed. Paris.)

Ὅτι δὲ καὶ Γραχχιανός τις πάλαι περὶ τούτων ἔγραφεν, ἴσμεν τοὺς νομογράφους ἀναφέροντας· οὐδαμοῦ δὲ τὰ γραφέντα φέρεται ἴσως αὐτά, πάντως δὲ καὶ αὐτὰ τοῦ χρόνου τεκόντος ἅμα καὶ κρύψαντος.

Nach der Ueberſetzung von Fuß:

Gracchanum quendam de his (de magistratibus s. potestatibus) olim scripsisse, scimus a jurisconsultis referri; scripta autem ipsa fortasse nusquam extant, omniuoque et illa tempus peperisse simul et abscondisse videtur.

Dann folgt lib. I, c. 24.

Τὸ πιστὸν τοῖς γράφουσιν ἢ τῶν ἀρχαίων ἐπιτίθησι μαρτυρία. Ἰούνιος τοίνυν Γραχχιανὸς, ἐν τῷ περὶ ἐξουσιῶν, αὐτοῖς ῥήμασι περὶ τοῦ καλουμένου παρὰ Ῥωμαίοις κναίστωρος· προεχωρήσαντο ψήφῳ τοῦ δήμου. Τοῦλος δὲ ὁ ῥῆξ μετὰ τούτους ἀναγκαίαν εἶναι τὴν τῶν κναιστώρων ἀρχὴν ἔκρινεν, ὡς τοὺς πλείους τῶν ἱστορικῶν αὐτῷ τὴν τοιαύτην προαγωγὴν ἀναγράψαι καὶ μόνῳ. Ἀπὸ δὲ τῆς ζητήσεως οὕτως ὀνομασθῆναι αὐτοὺς Ἰούνιος καὶ Τρεβάτιος καὶ Φενεστέλα εἶπον. Καὶ μεθ' ἕτερα· πλὴν ὕστερον ἐξηρέθησαν οἱ κανδιδάτοι τοῦ βασιλέως κναίστωρες, οἱ πρὸς ἀνάγνωσιν τῶν βασιλικῶν γραμμάτων καὶ μόνην ἐσχόλαζον· οἱ δὲ

αὐτοὶ καὶ ψήφους ἀπὸ τοῦ κοινοῦ τῆς βουλῆς ἀνεγίνωσκον ὑπὲρ τῶν εἰς ἀξιώματα προσαγομένων. Ταῦτα μὲν ὁ Ἰούνιος. Ὁ νομικὸς δὲ Οὐλπιανὸς, ἐν τῷ de Officio Quaestoris (ἀντὶ τοῦ, περὶ κναίστωρος) ἀποχρώντως διαλέγεται.

Ich kann in dieſer Stelle nichts anders finden, als eine verwirrte Benutzung des Digeſten-Fragments (1, 13.) aus Ulpians libro sing. de Officio Quaestoris. Einige Abweichungen finden ſich allerdings. Der Lyder ſagt: Nach den eignen Worten von Junius Gracchanus wären die Quäſtoren vom Volk zuerſt gewählt worden; dann habe Tullus der König die Creation von Quäſtoren nöthig gefunden, ſo daß ihm die Geſchichtſchreiber der Mehrzahl nach ihre Entſtehung zuerſt zuſchrieben. Ulpian ſagt:

Origo quaestoribus creandis antiquissima est et pene ante omnes magistratus. *Gracchanus* denique *Iunius* libro VII. de potestatibus etiam ipsum Romulum et Numam Pompilium binos quaestores habuisse, quos ipsi non sua voce sed *populi suffragio crearent, refert.* Sed sicuti dubium est, an Romulo et Numa regnantibus quaestor fuerit, ita Tullo Hostilio rege quaestores fuisse certum est: sane *crebrior apud veteres opinio est, Tullum Hostilium primum in rempublicam induxisse quaestores.*

Dann folgt faſt wörtlich wie beym Lyder:

Et a genere quaerendi quaestores initio dictos, et Iunius et Trebatius et Fenestella scribunt.

Das Uebrige zeigt recht, wie gedankenlos der Lyder excerpirte. Denn Ulpian fuhr ſo fort:

Ex quaestoribus quidam solebant provincias sortiri ex Scto. — Sane non omnes provincias sortiebantur, *verum excepti erant Candidati principis. hi etenim solis libris principalibus in senatu legendis vacant.* Hodieque obtinuit quaestores creari tam patricios quam plebeios. *Ingressus est enim et quasi primordium gerendorum honorum, sententiaeque in senatu dicendae.* Ex his sicuti diximus quidam sunt, qui Candidati principis dicebantur, *quique epistolas ejus in senatu legunt.*

Daß unſer Verfaßer keine Handſchrift von Gracchanus vor ſich oder auch nur je geſehn hatte, ſagt er ſelbſt in der zuerſt citirten Stelle. Möglich wäre es, daß er eine ſchlechte Handſchrift von Ulpians Buch de Officio Quaestoris vor ſich gehabt. Etwas genauer muß er die Stelle von Ulpian angeſehn haben, indem er lib. 1. c. 28. ſo ſagt:

> *Περὶ δὲ τῶν τοῦ παλατίου κυαιστώρων πυθέσθαι χαλεπὸν οὐδὲν Οὐλπιανοῦ τοῦ νομικοῦ. λέγει δὲ ὧδε ἐν μονοβίβλῳ περὶ τῆς τοῦ κυαίστωρος τάξεως· πλὴν ἐξῆρηντο οἱ κυαίστωρες οἱ κανδιδάτοι τοῦ καίσαρος· οὗτοι γὰρ μόνοις τοῖς βιβλίοις τοῖς ἐπὶ τῆς βουλῆς ἀναγιγνωσκομένοις ἐσχόλαζον, καὶ ταῖς ἐπιστολαῖς τῶν βασιλέων ὑπούργουν.*

Auch dieß iſt nicht anders, als was auch im obigen Digeſtenfragment ſteht.

II. Von Paulus citirt unſer Verf. lib. 1. c. 50. folgende Stelle, mit der Bemerkung wörtlicher Ueberſetzung:

> *τὸ τριανδρικὸν σύστημα παρὰ τοῖς παλαιοῖς διὰ τοὺς ἐμπρησμοὺς προεβάλοντο· οἱ καὶ νυκτερινοὶ ἐκ τοῦ πράγματος ἐλέγοντο. Συνῆσαν δὲ αὐτοῖς καὶ οἱ ἀγορανόμοι καὶ δήμαρχοι ὑπουργοί. (ἦν δὲ) κολλήγιον (ἀντὶ τοῦ, σύστημα) ὅπερ τὰς πύλας τῆς πόλεως ᾠκει καὶ τὰ τείχη, ὥστε τῆς χρείας καλούσης εὐχερῶς εὑρισκομένους συντρέχειν.*

Nach l. 1. D. de off. praef. vig. hatte Paulus in libro sing. de Off. P. Vig. geſagt:

> Apud vetustiores incendiis arcendis triumviri praeerant, qui ab eo, quod excubias agebant, *nocturni* dicti sunt. Interveniebant nonnunquam et aediles et tribuni plebis: erat autem *familia publica* circa portam et muros disposita, unde, si opus esset, evocabatur.

Hier iſt die von Johannes Herausgeber bemerkte Abweichung ſehr wichtig, daß der Verf. nicht familia publica, ſondern *collegium* in ſeinem Exemplar von Paulus oder der Digeſten geleſen haben muß, ein Umſtand, der durch das bei Johannes Folgende faſt zur Gewißheit erhoben wird.

III. Von Aurelius (vulgo Arcadius Chariſius) citirt der Verf. lib. 1, c. 14. eine Stelle über den Urſprung des Praefectus Praetorio, die im Weſentlichen durchaus nicht

abweichendes von dem Digeſtenfragment 1, 11, pr. u. §. 1. enthält, ausgenommen, daß die hier zu leſenden Worte: data est plenior licentia ad disciplinae publicae emendationem, weitläuftiger ſo ausgedrückt ſind: *καὶ δέδοται αὐτῷ μείζων ἢ κατ' ἐκεῖνον ἰσχὺς τῆς τε διοικήσεως τῶν πραγμάτων, τῆς τε καταστάσεως καὶ ἀσκήσεως τῶν στρατευμάτων καὶ ἐπανορθώσεως ἁπάσης*, was allerdings auch auf den Beſitz einer beſondern Handſchrift ſchließen läßt.

IV. Aus Pomponius findet ſich lib. 1. c. 48. nur noch das Fragment eines Citats, und zwar, mit vermuthlicher Ergänzung des Anfangs ſo:

> *(ἐκ τούτων) μὲν πάντων δέκα μὲν δήμαρχοι, δύο δὲ ὕπατοι καὶ ὀκτὼ πραίτωρες, καὶ ἓξ ἀγορανόμοι ἐπὶ τῆς πόλεως ἀπέμειναν* (f. *ἀπενείμαν*) *καὶ μόνοι. Ταῦτα ὁ Πομπόνιος, ὡς ἔοικε, τὸ πλῆθος καὶ ποικίλον τῆς ἱστορίας διαφυγών.*

was an l. 2. §. 34. D de O. I. erinnert, wo Pomponius ſagt:

> Ergo ex his omnibus decem tribuni plebis, consules duo, decem et octo praetores, sex aediles in civitate jura reddebant.

wo ſich die Verſchiedenheit der Zahl bei den Prätoren bemerkbar macht, die aber wohl nicht geeignet iſt, die Lesart der Digeſten zweifelhaft zu machen.

V. Von Ulpian heißt es unmittelbar im Fortgang der ſo eben gedachten Stelle:

> *Ὁ γε μὴν Οὐλπιανὸς ἐν τοῖς προγραφομένοις Προτριβουναλίοις λεπτοτέρως τοὺς περὶ τῶν πραιτώρων διεξῆλθε λόγους, τοὺς μὲν τουτελαρίους, τοὺς δὲ φιδεϊκομμισσαρίους ὀνομάζων. ὧν ἅπαξ σχολαζόντων οὐ συνεῖδον μνησθῆναι.*

d. i. Ulpianus autem in iis, quae Protribunalia inscribuntur, subtilius de praetoribus disseruit, alios tutelares, alios fideicommissarios adpellans, de quibus, quoniam semel abrogati, nolui disserere.

Hiefür findet ſich nun in den Digeſtenfragmenten aus Ulpians Büchern de omnibus tribunalibus s. Protribunalium durchaus keines, das zur Vermuthung berechtigte, daß unſer Verf. ein ſolches hier im Sinne gehabt habe; ja überhaupt exiſtirt in den ganzen Digeſten keine Stelle, wo über den praetor tutelaris und den fideicommissarius ausführlicher

gehandelt wäre, wenn wir gleich ſonſt wiſſen, daß es zu Ulpians Zeiten dergleichen Prätoren gab und er libr. singularem de Off. Praet. tutelaris geſchrieben, auch den Praetor de fideicommisso mehrfach erwähnt. Hier müßen wir demnach annehmen, daß unſer Lyder ein vollſtändiges Exemplar der Protribunalien hatte, oder wenigſtens von ſeinem Inhalt ſpeciell unterrichtet war.

VI. Am auffallendſten ſind die Anführungen aus Gaius ad legem XII. tabularum, wegen ihrer Uebereinſtimmung mit den Fragmenten von Pomponius. Wir wollen beide einander gegenüberſtellen.

Ioannes Lydus 1, 26.

Γάϊος — φησιν· ὡς δὲ τὸ γαζοφυλάκιον τοῦ δήμου εἰς ἐπίδοσιν ἦλθε, προεχειρίσθησαν κυαίστωρες ὑπὲρ τῆς αὐτοῦ φροντίδος, ἀπὸ τῆς περιποιήσεως καὶ φυλακῆς τῶν χρημάτων οὕτως ὀνομασθέντες. ἐπειδὴ δὲ περὶ κεφαλικῆς τιμωρίας οὐκ ἐξῆν τοῖς ἄρχουσι κατὰ Ῥωμαίου πολίτου ψηφίσαθαι, προεβλήθησαν κυαίστωρες παρρικίδιοι (ὡσανεὶ κριταὶ καὶ δικασταὶ τῶν πολίτας ἀνελόντων).

Pompon. l. 2. D. de O. I.

§. 22. Deinde cum aerarium populi auctius esse coepisset, ut essent qui illi praeessent, constituti sunt quaestores, (qui pecuniae praeessent) dicti ab eo, quod inquirendae et conservandae pecuniae causa creati erant. §. 23. Et quia, ut diximus, de capite civis Romani *iniussu populi* non erat lege permissum consulibus ius dicere, propterea quaestores constituebantur a populo, qui capitalibus rebus praeessent; hi appellabantur quaestores parricidii, *quorum etiam meminit lex duodecim tabularum.*

und

Jo. Lyd. 1, 34.

Γάϊος ὁ νομογράφος μετὰ τὴν τῶν κυαιστώρων τὴν δεκανδικρὴν ἀρχὴν ἀναφέρει ῥήμασι πρὸς ἑρμηνείαν τούτοις· πολλῆς δὲ συγχύσεως τῶν νόμων, οἷα μὴ γράμμασι τεθειμένων, τοῖς πράγμασι γενομένης ἐκ τῆς τῶν ἀρχόντων καὶ τοῦ δήμου διαφορᾶς, δόγματι κοινῷ τῆς βουλῆς καὶ τοῦ δήμου πάντες μὲν οἱ ἄρχοντες ἐκινήθησαν, δέκα δὲ μόνοις ἀνδράσι τὴν φροντίδα τῆς πολιτείας παρέδοσαν. Αὐτοὶ δὲ στέλλουσιν (ἡ ἱστορία φησὶν) εἰς Ἀθήνας Σπούριον Ποστούμιον, Αὖλον Μάρκιον καὶ Πούπλιον Σουλπίκιον. Τῶν δὲ ἐπὶ τριετῆ χρόνον ἐκεῖ βραδυνόντων, ἕως καὶ τοὺς λειπομένους Ἀθηναίων νόμους ταῖς δέκα δέλτοις ἀναλάβωσι, δέκα προεβάλετο ὁ δῆμος ἄνδρας ἀνθεξομένους τῶν πραγμάτων, ὧν ὁ πρῶτος τῆς πόλεως φύλαξ προσηγορεύθη (ὁ καθ' ἡμᾶς πολίαρχος). Ἐπίσημα δὲ τῆς ἐξουσίας ἦν αὐτῷ δυοκαιδέκα ῥάβδοι, τοῖς δὲ λοιποῖς οὐχ' οὕτως, ὁπλοφόρος δὲ ἀν' ἕκαστον εἷς καὶ μόνος. etc.

Hier iſt zuförderſt ſchon zweifelhaft: bis wie weit gehn die Worte von Gaius. Der Pariſer Herausgeber läßt ſie ſogar

noch weiter gehn, als vorſtehend abgedruckt iſt, obgleich ſchon von den Inſignien des jedesmahl regierenden Decemvirs die Rede iſt. Ich glaube aber, das Citat von Gaius hört bereits bei dem Wort *παρέδοσαν* auf. Die Parentheſe *ἡ ἱστορία φησίν* deutet auf ein andres Excerpt wieder hin, vielleicht auf eine Benutzung von Livius III, 31. in fin. womit auch das folgende übereinſtimmt. Livius ſagt:

> Cum de legibus conveniret: missi legati Athenas Sp. Posthumius Albus, A. Manlius, P. Sulpicius Camerinus. (u. c. 32.) Anno CCCII — Decemviri creati —. Decimo die jus populo singuli reddebant. eo die penes praefectum iuris fasces duodecim erant, collegis novem singuli accensi apparebant.

Den Worten nun, die man allein für ein Gaiiſches Citat halten könnte, entſprechen folgende Stellen aus Pomponius in l. 2. D. l. c. §. 23. nachdem von den Quäſtoren geſprochen iſt:

> *Et cum placuisset leges ferri: latum est ad populum, uti omnes magistratu se abdicarent, quo decemviri constituti anno.*

und der ſchon vorausgegangne §. 3. u. 4. ib.

> *Exactis regibus, omnes leges exoleverunt, iterumque coepit P. R. incerto magis iure et consuetudine uti, quam per latam legem. — Postea ne diutius hoc fieret,* placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a Graecis civitatibus.

Im Weſentlichen, was der Lyder Gaius in den Mund legt.

Was iſt nun von dieſen Citaten zu halten? Es iſt gewiß:

1) daß der Verf. nicht ganz ohne Bücher-Kenntniß und in der ältern römiſchen Literatur nicht unbewandert war, wie ſeine häufigen Citate aus andern Werken beweiſen;

2) daß er insbeſondre von Ulpians Protribunalien nähere Kenntniß, nicht blos aus den Digeſten, gehabt haben müße;

3) daß er das Original-Werk von Paulus de Off. Praef. Vigilum oder doch in ſeinem Exemplar der Digeſten eine andre Lesart gehabt haben müße; eben ſo bei dem Citat aus Aurelius. Endlich wäre es

4) gar nicht unwahrſcheinlich, daß unſer Johannes durch die von ihm bei der Präfectur zu Conſtantinopel bekleideten Aemter, während einer Zeit, wo das Juſtinianiſche Geſetzes-Werk vor ſich gieng, die Original-Werke älterer Juriſten zu ſehen und zu benutzen bekam.

5) Dagegen iſt zwar auffallend, daß die obigen Stellen von Ulpian, Paulus und Aurelius grade nur ſolche ſind, die ſich in den Digeſten ihrem weſentlichen Inhalt nach vorfinden. Es wäre aber möglich, daß der Verfaßer bei ſeinen hiſtoriſchen Compilationen über die magistratus P. R. zuerſt das ihm zunächſt zur Hand befindliche erſte Buch der Digeſten eingeſehn und darnach die juriſtiſchen Original-Werke aufgeſucht hätte.

Das größte Bedenken erregen die Citate aus Gaius Commentar zu den XII Tafeln. Daß ſie wirklich daraus geſchöpft worden, wäre möglich aus folgenden Gründen:

1) Gaius wird zweimahl ausdrücklich citirt und ſein Buch einmahl mit der größten Beſtimmtheit angezeigt.

2) Daß er ihn nicht mit Pomponius verwechſelt haben könne, läßt ſich aus der ſpäter vorkommenden Allegirung dieſes Juriſten ſchließen;

3) Es wäre recht gut möglich, daß Pomponius in ſeinem Enchiridion den Zwölf Tafel Commentar von Gaius, ſeinem Freunde — Gaius noster l. 39. D. de stipul. servor. — benutzt oder wörtlich ausgezogen hätte, oder umgekehrt Gaius das Werk von Pomponius, was jedoch weniger glaublich, oder endlich beide könnten dieſelbe Quelle benutzt haben. Allein es iſt auch ebenſo gut ein Irrthum unſers Lyders glaublich. Denn

1) ſeine Gajaniſchen Citate ſtimmen zu genau mit den Worten von Pomponius und das wechſelſeitige Ausſchreiben unter Männern wie Pomponius und Gaius iſt doch ſchon eine ſehr mißliche Annahme;

2) unſer Johannes fand in dem zweiten Titel der Digeſten oben ein Fragment aus Gaius zwölf Tafel Commentar (das erſte dieſes Titels) und er konnte leicht, nach der beſondern Beſchaffenheit ſeiner Handſchrift etwa, und bei ſeiner überaus geringen Genauigkeit mit Ueberſehung des Namens von Pomponius auch das zweite Fragment für ein Stück jenes Commentars halten; er konnte darin beſtärkt werden, durch die Worte von Pomponius am Ende des §. 23. quaestores parricidii, quorum etiam meminit lex XII tab.

3) ſpäterhin, beim 48ten Cap. des erſten Buchs konnte er genauer nachgeſehn und Pomponius als den Verfaßer des zweiten Fragments kennen gelernt haben, oder vielleicht hatte er gar das Enchiridion deßelben vor ſich, und bemerkte ſeinen frühern Irrthum nicht, oder vergaß ihn zu verbeßern.

Bei einem Mann, wie unſer Johannes, liegt die Annahme eines ſolchen Irrthums wenigſtens eben ſo nahe, als die Vermuthung des Gegentheils. Hätten wir die zwei Blätter, die im 48ten Cap. ausgeſchnitten ſind, ſo würde wahrſcheinlich jeder Zweifel gelöſt werden. Immittelſt halte ich die Citate nicht für Gaiiſch *)

Bei dieſer Gelegenheit noch eine Conjectur zu einer Stelle im dritten Buche. Johannes erzählt im 55. Capitel:

Juſtinian habe die Vandalen beſiegt und die Gefangenen im Triumph der Hauptſtadt gezeigt, namentlich den König *Γελιμέρα ἀυτὸν σὺν τοῖς ἐνδόξοις τοῦ ἔθνους, οὓς ἐκάλουν ἀστίγγους οἱ βάρβαροι.* Astingi bei den Vandalen? Wie, wenn Johannes *ΑΔΑΙΓΓΟΥΣ* geſchrieben hätte? Sollten nicht auch die Vandalen ihre Vornehmen oder Fürſten Adelingos, Ethelingos genannt haben, wie ihre Verwandten, die Sachſen und Lombarden?

*) Für das Gegentheil ſcheinen ſich entſchieden zu haben Hugo in ſ. Rechtsgeſchichte und Dirkſen Critik der XII Tafel Fragmente S. 12. Not. 20 a.

Ueber die
USUCAPIO PRO HEREDE.

Von
Herrn Doctor Arndts in Bonn.

Der Verſuch, über einen von jeher ſo viel, jetzt ſeit Entdeckung des Gajus mit erneuter Lebendigkeit, beſprochenen Gegenſtand wieder etwas zu ſagen, iſt wohl gerechtfertigt, wenn man durch die jüngſte Abhandlung über denſelben nicht befriedigt iſt. Als die im 1. Hefte des 9. Bdes des Arch. f. civ. Prax. enthaltene Abhandlung von Roßhirt erſchien, hatte mich eine Arbeit über die usucapio pro herede zu andern als den in jener gewonnenen Reſultaten geführt, welche ich auch nach wiederholter Prüfung gegen jene nicht aufgeben konnte. Ich wage es, meine Anſicht darüber öffentlicher Beurtheilung zu unterwerfen *). Die folgende Unterſuchung wird jedoch nur die Frage betreffen, ob und mit welchen Wirkungen der vermeintliche Erbe nach Juſtinianiſchem Recht pro herede uſucapire? Denn daß in dem andern Falle, wenn der wirkliche Erbe fremde Sachen beſitzt, welche er aus hinreichendem Grunde für Sachen der Erbſchaft hält, wenigſtens in der Beſchränkung, welche Roßhirt l. c. S. 21. 24. angibt, Uſucapion Statt finde, will ich nicht beſtreiten. Es dürfte auch wohl nicht zu bezweifeln ſeyn, z. B. daß der Erbe uſucapiren könne, wenn ihm eine Sache als eine ſchon dem Erblaſſer verkaufte oder vermachte oder aus anderm Grunde

*) Unterholzner's neue Verjährungslehre I Theil erhielt ich erſt, als ich dieſe Abhandlung Herrn Prof. Haſſe ſchon lange eingereicht hatte. Ich habe nun auf die betreffenden §§. dieſes Werkes (§. 94. 106 u. 107.) gebührende Rückſicht genommen.

der Erbſchaft zugehörige übergeben, oder wenn ihm der Beſitz einer Sache, die er als vermeintliche Erbſchaftsſache vindiciren wollte, gutwillig eingeräumt worden [1]). Pro herede kann man dieſe Uſucapio nennen, weil, wie das »pro suo« überhaupt jedem rechtmäßigen Beſitze, ſo das »pro herede« jedem, der ſich auf das Succeſſionsrecht gründet, anhängt: zunächſt aber liegt hier die Rechtfertigung des Beſitzes nicht in dem Erbrechte; dieſes allein kann nie den Grund der Beſitznahme einer einzelnen Sache enthalten; ſondern es iſt immer ein beſonderer Umſtand erforderlich, welcher in dem Beſitzerwerbenden die Meinung zu begründen vermag, daß die fragliche Sache auch eine Sache der Erbſchaft ſey. Der bloße obtentus, velut aliquid ex hereditate esset, quod alienum fuit, genügt nicht: diutina possessio tantum iure successionis sine justo titulo obtenta prodesse ad praescriptionem *hac sola ratione* non potest.« [2]) Darnach iſt alſo das putare, rem ex hereditate esse, quae non sit in l. 3. D.

1) Vgl. l. 11. D. pro emtore. — l. 5. in fin D. pro suo. — l. 33. §. 3. D. de usurp. — In der letzten Stelle findet Unterholzner v. d. Verjähr. §. 28. 1. eine Spur des bei der in jure cessio früher geltenden Rechts; aber „cedere possessione" iſt gewiß nicht aus „rem in jure cedere" entſtanden (l. 1. §. 4. D. de poss., cedere usufructu für die Ueberlaſſung der Ausübung des Nießbrauchs Fr. Vat. §. 41. — auch in l. 1. §. 21. D. de poss. wird wohl richtiger possessione geleſen ſtatt possessionem); und wie ſollte auch der Vindicant ſich haben die Sache in jure cediren laſſen, deren Eigenthümer er ſchon zu ſeyn behauptete? außer etwa in Folge des Urtheils, wenn durch Uſucapion nach der Litis Conteſtation der Beſitzer das Eigenthum erworben hatte (l. 18. 20. in fin. D. de rei vind. wo ſtatt tradere bei Gajus gewiß geleſen wurde mancipare vel in jure cedere.) — In ſeiner neuen Verjährungslehre I. S. 403. nimmt Unterholzner ſelbſt ſeine frühere Erklärung des fr. 33. cit. ſtillſchweigend zurück; ohne Grund aber ſcheint er mir dort den Titel pro donato anzunehmen, wenn der Beſitzer von dem Rechte des Klägers überzeugt die vindicirte Sache ohne Urtheil reſtituirt.

2) l. 4. cod. pro hered. — l. 4. eod. de long. temp. praescr. Dieſe Stellen gerade nur auf den Fall zu beziehen, wenn ſchon der Erblaſſer den Beſitz oder die Detention der Sache gehabt hat, iſt weder nöthig, noch der Wortfaſſung gemäß: ſie ſagen nur, der Vorwand, velut aliquid ex hereditate esset, ſoll ohne beſondern Rechtfertigungsgrund zur Uſucapion niemals genügen. Vgl. Unterholzner l. c. S. 372. flg.

pro herede näher zu bestimmen; es muß eine äußerlich erkennbare Veranlassung dieser Meinung nachgewiesen werden. Das Finden einer Sache unter andern Sachen der Erbschaft mag nach Umständen einen probabilis error begründen; aber man muß nicht dadurch das Eigenthümliche des titulus pro herede (in diesem Sinne) bestimmen wollen: dieser hat einen eben so unbestimmten Charakter wie der pro suo, und es ist eigentlich unnütz, ihn von diesem zu unterscheiden.

Was aber die usucapio pro herede in dem ersten Sinne angeht, so scheint mir Roßhirt den historischen Zusammenhang verkannt zu haben, indem er die lucrativa usucapio pro herede und die »aus dem Standpunkte der bona fides« als wesentlich verschiedene Arten der Usucapion einander entgegensetzte.

Vor Hadrian konnte nach Gaj. II. 52 flg. jeder die vom Erben noch nicht in Besitz genommenen Sachen der Erbschaft, wenn er dadurch nur Niemanden als den Erben verletzte [3]), willkürlich in Besitz nehmen und usucapiren, wofern

3) Wurde eines andern rechtliches Interesse verletzt, z. B. desjenigen, welcher den Ususfructus einer Sache vermöge eines legatum per vindicationem durch die Antretung der Erbschaft erworben hatte (l. 35. D. de usurp.) oder hatten andere auch nur die Detention der Sache (l. 68—71. D. de furt.), so würde durch eigenmächtige Besitzergreifung derselben ein Diebstahl begangen und dadurch die Sache als res furtiva der Usucapion entzogen worden seyn. — Unterholzner l. c. S. 215 flg. beschränkt dieses auf den Fall, wenn ein dem Erben verantwortlicher Inhaber das Erbschaftsstück in Händen hat, ich glaube, mit Unrecht. l. 11. D. de cond. furt. (l. c. not. 214.) gehört nicht hieher; denn sie muß offenbar, wie auch die Absichtlichkeit der Stellung des Fragments von Paulus zwischen zwei Fragmenten von Ulpian andeutet, mit fr. 10. §. 2. 3. verbunden werden, und dann ergibt sich, daß sie dem Legatar die condictio furtiva nur in Beziehung auf eine schon dem Erblasser entwendete Sache abspricht, und darauf allein paßt auch der angeführte Grund. Das cit. fr. 35 scheint mir Unterholzner ebenfalls nicht richtig erklärt zu haben: Si homo, cujus ususfructus legatus erat, ab herede nunquam possessus, subreptus fuisset: quaesitum est, quia heres furti actionem non haberet, an usucapi possit? Sabinus respondit, nullam ejus rei usucapionem esse, cujus nomine furti agi posset; agere autem furti eum, qui frui deberet posse. Quod sic accipiendum est, ut fructuarius poterit uti frui (so die florent. — andere lisen: possit; noch besser ist, was Unterh-

ihm nicht die Regel: neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse, entgegenstand [4]). Da also jeder Besitz schon zur Usucapion befähigte, so konnte von dem Erforderniß der bona fides an sich gar nicht die Rede sein; auch wer sich für den Erben hielt, so wie der bonorum possessor usucapirte schon aus jenem Grunde und zwar auch unbewegliche Sachen in einem Jahre [5]) und hatte gar nicht nöthig sich auf die

vorschlägt, potuerit); alter (aliter) enim homo in causa (so die florent. — andre besser: in eam causam) non perduceretur (d. h. sonst würde der Sklave in keiner Rücksicht als entwendete Sache betrachtet werden können). Hier wird nur erfordert, daß der Fructuar rechtlich in der Lage sey, den Nutzbrauch ausüben zu können, also wird nicht erfordert, daß er zur Zeit der Entwendung ihn schon wirklich ausgeübt habe. So erklärt schon Cujacius ad h. l. und diese Erklärung gibt auch der folgende Satz »Sed si utenti jam etc.«, der im Gegensatz gegen alles Vorhergehende aufgefaßt und daher auch durch die Interpunktion davon ganz geschieden werden muß, an die Hand. Nehmlich: „Hat aber der Fructuar selbst schon die Sache im Besitze gehabt, dann ist kein Zweifel, daß die Sache nicht usucapirt werden kann; denn alsdann steht nicht nur dem Fructuar sondern auch dem Erben die actio furti zu.« — Beiläufig bemerke ich: Sabinus gründet seine Entscheidung allein auf die Regel: nullam ejus rei etc., daher ist ungegründet, was Unterholzner I. S. 220. gegen seine frühere Meinung, daß ein furtum usus die Sache der Usucapion entziehe, vorbringt: was er von Entwendungen unter Ehegatten bemerkt, ist dagegen unbedeutend, da Sabinus nicht sagt, daß nur, aber, daß alle diejenigen Sachen, wegen welcher die actio furti begründet ist, nicht usucapirt werden.

4) Ihre Celebrität verdankte diese Regel gewiß ihrem beschränkenden Einfluß auf die usucapio pro herede. l. 2. §. 1. 2. D. pro herede. l. 33. §. 1. D. de usurp. — Vgl. Savigny Recht des Besitzes. S. 49. — Unterholzner Verjährungslehre I. §. 100. — Wenn in l. 33. §. 1. cit., welche Julian vielleicht noch vor Hadrian's Senatsconsultum geschrieben hat, von einer justa causa existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino exstitisse die Rede ist, so ist zu bemerken, daß Julian diese durchaus nicht als ein Erforderniß der usucapio pro herede an sich sondern nur in so fern in Betrachtung zieht, als sie das Hinderniß, welches sonst wegen jener Regel der usucapio entgegenstehen würde, entfernt.

5) Dagegen darf man nicht Plin. lib. V. epist. 1. anführen: jam biennium transiisse omniaque me usucepisse; denn Plinius sagt nur, daß schon zwei Jahre verstrichen, also gewiß alle Sachen von ihm usucapirt seien, nicht, daß der Ablauf dieser Zeit zur Usucapion erforderlich sei. — Vgl. Savigny in der Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. V. S. 16. — Schweppe Rechtsgesch. 2te Aufl. §. 473. stellt, was in Rücksicht der Usucapion, welche dem bonorum possessor zu Stat-

Unterſuchung der Rechtmäßigkeit des Beſitzes, wie ſie ſonſt zur Uſucapion gefordert ward, einzulaſſen. Wollte man ſagen: wer bona fide im Beſitze der Erſchaft geweſen ſei, werde ſich nicht auf jene improba usucapio haben berufen wollen, ſo iſt zu bedenken, daß die factiſche Rechtfertigung des Beſitzers ſich doch von ſelbſt ergeben mußte, wenn auch keine rechtliche Folge davon abhängig war. Ein Fall, in welchem eine Unterſcheidung der usucapio pro herede aus dem Standpunkte der bona fides und der lucrativa hätte von Bedeutung ſeyn können, wäre der geweſen, wenn die fragliche Sache der Erbſchaft ſchon im Beſitze des Erben geweſen und nachher erſt an einen vermeintlichen Erben gelangt wäre. Denn die lucrativa usucapio fand nach Gajus nur Statt bei einer Sache cujus possessionem heres nondum nanctus est: bei einer nach allgemeinen Grundſätzen beurtheilten Uſucapion aber ließe ſich nicht einſehen, warum in dem Beſitz des wahren Erben ein Hinderniß derſelben liegen, warum insbeſondere das nicht vielmehr als eine Beſtärkung der justa causa ſollte angeſehen werden, wenn einmal der wahre Erbe das Miterbrecht eines Andern anerkennend dieſem den Beſitz der Erbſchaftsſachen pro parte eingeräumt hätte. Aber gerade hier belehrt uns ein ſehr zufällig erhaltenes früher unerklärliches Fragment, daß man auch in dieſer Rückſicht jenen Unterſchied gar nicht machte.

l. 29. D. de usurp. — (Pompon. lib. 12. ad Sab.)
»Cum solus heres essem, existimarem autem te quoque pro parte heredem esse, res hereditarias pro parte tibi tradidi: propius est, ut usu eas capere non possis, quia nec pro herede usucapi potest, quod ab herede possessum est, neque aliam ullam causam habes possidendi. — — — Idem dicimus, si tu quoque existimes, te heredem esse; nam hic quoque possessio veri heredis obstabit tibi.«

ten kam, früheres und ſpäteres Recht geweſen ſeyn kann, unter 1. und 2. ziemlich ungeſchickt neben einander. M. ſ. Ulpian. fragm. 28. 12. — Gaj. IV. 34. II. 54.

Roßhirt l. c. S. 35. fügt zur Erklärung dieſer Stelle Folgendes hinzu: »Und zwar aus dem natürlichen Grunde, weil durch die possessio des wahren Erben die Sache ſein Eigenthum geworden iſt, und vorausgeſetzt auch, daß ſein Irrthum den Uebergang des Eigenthums auf den vermeintlichen Miterben nicht hindert; doch wegen des error tradentis eine obligatio auf Rückforderung zu allen Zeiten bleibt.» Aber: die Sache wird ja nicht erſt durch die possessio des Erben Eigenthum und wenn das auch wäre, ſo könnte doch nicht deswegen die possessio veri heredis der Uſucapion im Wege ſtehen. Auch kann Pomponius nicht angenommen haben, daß durch die Tradition an den vermeintlichen Miterben gleich das Eigenthum auf dieſen übergegangen ſey; denn alsdann hätte ja über Uſucapion nicht mehr die Frage ſeyn können: und ſehr ſonderbar wäre es, wenn er durch den Satz »Idem dicimus, nehmlich propius est, ut usu eas capere non possis, und den angegebenen Grund: nam hic quoque possessio veri heredis obstabit tibi, hätte die Behauptung ausdrücken wollen: der vermeintliche Miterbe habe zwar durch dieſe durch Irrthum veranlaßte Tradition das Eigenthum der übergebnen Sachen gleich erworben, müſſe aber dieſelben, als sine causa erworben dem Erben jederzeit zurückgeben 6).

6) Man kann dabei auch nicht etwa an die Verwandlung des bonitariſchen Eigenthums, welches hier durch die bloße Tradition z. B. unbeweglicher Erbſchaftsſachen begründet ſeyn könnte, denken, und ſagen, Pomponius habe dieſe hier ausſchließen wollen: denn abgeſehen davon, daß er allgemein res hereditarias nennt, ſo iſt es auch ſehr unwahrſcheinlich, daß in irgend einem Falle, wenn nur die Sache des quiritariſchen Eigenthums fähig war, bonitariſches Eigenthum ohne die Möglichkeit der Uſucapion angenommen wurde, und vollends kann man nicht glauben, daß Pomponius auch demjenigen, der in böſem Glauben einen Theil der Erbſchaftsſachen angenommen, an dieſen ein bonitariſches Eigenthum zugeſchrieben habe. Den Zwiſchenſatz: ita tamen etc. muß man nur auf die nächſtvorhergehenden Worte beziehen: neque ullam etc. Denn die Tradition in Folge eines Vergleichs muß gleich (nach älterm Rechte wenigſtens bonitariſches) Eigenthum übertragen. Freilich gibt Paulus in l. 36 D. fam. ercisc. dem Erben in dem andern Falle (si sine judice diviserint res) eine Condictio (earum rerum, quae ei cesserunt, quem heredem esse putavit,

Vielmehr iſt klar, daß Pomponius ganz einfach die Regel »pro herede usucapi non potest, quod ab herede possessum est« auch auf den Fall anwendet, wenn auch der Beſitzer ſich für den Erben hält.

Es gab alſo eine species possessionis et usucapionis pro herede, die jedem Beſitzer unwiderrufliches Eigenthum verſchaffte; es iſt kein Grund vorhanden, die Uſucapion des vermeintlichen Erben als weſentlich verſchieden von jener zu trennen [7]).

Das Senatsconſultum unter Hadrian, von welchem Gaj. l. c. §. 57. ſpricht, entzog nun, (einen Fall ausgenommen, §. 58. ibid.) der alten usucapio pro herede ihre Wirkung gegen den Erben ſelbſt:

« Ex auctoritate Hadriani Senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones *revocarentur*. Et ideo potest, heres ab eo, *qui rem usucepit*, *hereditatem petendo* perinde eam rem consequi, *atque si usucapta non esset*.«

Hält man nur die Bemerkung feſt, daß die usucapio pro herede nicht ipso jure aufgehoben, ſondern nur ihrer frühern Wirkſamkeit gegen die hereditatis petitio entkleidet wurde, ſo

qui fuit heres); aber es ſcheint doch nicht, daß er die Vindicatio gänzlich ausſchließen oder behaupten wollte, daß hier immer die übergebenen Sachen gleich in das Vermögen des vermeintlichen Miterben übergehen, (was die condictio vorausſetzt): eben ſo hatte er im Vorhergehenden (si condemnationibus factis solverit *pecuniam* — — — repetere non potest) nur die Condictio dem Erben abgeſprochen, der Vindicatio nicht erwähnt; dieſe aber konnte er da dem einzigen Erben nicht abſprechen wollen, wenn ſie ſonſt möglich war; denn das Eigenthum einzelner Erbſchaftsſachen geht durch Adjudicatio auf den wirklichen Miterben gleich, auf den irrig dafür angeſehenen aber gar nicht über, auch nicht durch die ja nicht zum Zweck der Eigenthumsübertragung geſchehene Uebergabe Ulp. XIX. §. 16. muß alſo im letzten Falle dem einzigen Erben bleiben. Will man dieſe Erklärung nicht annehmen, ſo muß man unterſcheiden zwiſchen einer eigentlichen Theilung, wobei immer theilweiſe die Abſicht einer Eigenthumsübertragung vorkommt, und zwiſchen einer traditio pro parte aller Erbſchaftsſachen oder Einräumung des Mitbeſitzes der Erbſchaft, und auf dieſe l. 29. cit. auf jene l. 36. cit. beziehen, oder eine Meinungsverſchiedenheit vorausſetzen.

7) Nur wegen zufälliger Rückſichten konnte die bona fides wichtig werden, vgl. Anm. 3. und 4.

braucht man ſich gar nicht, wie Roßhirt l. c. S. 14. bei dem Beweiſe aufzuhalten, daß es auch noch nach Hadrian eine usucapio pro herede (in dieſem Sinne) im Römiſchen Rechte gegeben habe. Sogar der praedo uſucapirte auch nun noch pro herede, und es mußte auch dieſe Uſucapion noch von practiſcher Wichtigkeit ſein, indem er, dem ſonſt nach Verluſt des Beſitzes außer den poſſeſſoriſchen kein Rechtsmittel zu Hülfe kam, die pro herede uſucapirte Sache von einem andern Beſitzer, als dem Erben, und wer von dieſem ſein Recht ableitete, vindiciren konnte; der Erbe vielleicht weder mit der Eigenthumsklage gegen dritte Beſitzer, welchen die Sache nach vollendeter Uſucapion von jenem veräußert worden war, auftreten, noch andere Verfügungen über die Sache, wie Pfand- und Servitutbeſtellung anfechten konnte [8]).

Daher mußte auch die Regel: rei hereditariae furtum non fieri, beſtehen bleiben [9]).

8) Dem Erben aber blieb der unrechtmäßige Beſitzer auch wenn er veräußert hatte, durch die hereditatis petitio haftbar nach l. 20. §. 6. D. de her. pet. Gajus ſagte alſo jedenfalls mit Recht: sed hodie etiam non est lucrativa: denn non videtur quisquam id capere, quod ei necesse est alii restituere. l. 51. D. de reg. jur. — Aehnlich heißt es vom bonae fidei possessor „*lucrari* fructus oportet, *si eos consumsit*“, l. 4. §. 2. D. fin. reg. vgl. mit §. 2. J. de off. jud., nach der Anſicht, welche ihm das Eigenthum der Früchte zuſchreibt.

9) Den Zuſammenhang dieſer Regel mit der alten usucapio pro herede ſieht jeder ein. Daß der Grund, welchen Scaevola, wohl von dem Beſtreben aus dem Begriffe zu entwickeln, was aus äußern Gründen Rechtsſatz geworden war, verleitet für dieſelbe anführte (l. 1. §. 15. D. si is qui test. lib.) unrichtig iſt, das zeigt faſt am beſten die Bemühung von Altamiran. et Velasq. (in Meermann. thesaur. tom. II. p. 428.), dieſer Erklärung alle Stellen anzupaſſen. Vgl. Unterholzner v. d. Verjähr. §. 15. not. r., deſſen neue Verjährungslehre S. 214. flg. — Daß Gajus die Regel auch als Folge der Uſucapio pro herede anſah, geht hervor aus Comm. II. §. 56. vgl. mit III. §. 201 und II. §. 58; freilich aber kann darüber geſtritten werden, ob ſeine Anſicht die wahre, ob nicht vielmehr ſowohl für dieſe Uſucapio als jene Regel ein gemeinſamer Grund darin zu finden ſey, daß Erbſchaftsſachen als res nullius angeſehen wurden. vgl. Haſſe im Rhein. Muſ. I. 3. S. 193. — Auffallend iſt, daß Gajus in Comm. III. §. 195—201 unſers Satzes im Allgemeinen gar nicht, ſondern nur in der Beſchränkung auf den Ausnahmsfall des Sc. Hadr. erwähnt: man ſollte daraus ſchließen, er ſey der Meinung geweſen,

Erſt nachdem Marcus Aurelius das crimen expilatae hereditatis eingeführt hatte, welches zugleich auf Reſtitution der in Beſitz genommenen Sachen und auf außerordentliche Beſtrafung gerichtet war [10]), mußte bald die usucapio lucrativa ganz verſchwinden, und zwar wie man vermuthen ſollte, auch in dem Ausnahmsfalle des Hadrianiſchen Sc., necessario herede exstante: wenigſtens haben wir keine Spur, daß der necessarius heres weniger als Andre zu dem crimen expilatae hereditatis berechtigt war [11]).

Es kann alſo nur die Frage aufgeworfen werden, ob jenes Senatusconſultum ſich auf jede usucapio pro herede bezogen, ob es auch die des vermeintlichen Erben gegen den wahren Erben entkräftet habe? Dem bonorum possessor, wenn ſeine possessio cum re war, konnte es natürlich nicht entgegen ſeyn, weil gegen dieſen der Civilerbe keine wirkſame hereditatis petitio hatte [12]). Gajus gibt nun zwar auf dieſe Frage keine entſcheidende Antwort; »tales usucapiones» in der angeführten Stelle läßt ſich wohl recht gut auf die ganze species possessionis et usucapionis pro he-

daß durch dieſes Sc. folgeweiſe auch jene Regel aufgehoben ſey, und der Schluß wird unterſtützt durch l. 36. §. 1. D. de usurp. u. Comm. II. §. 50. Aber dieſe Meinung, welcher andere Juriſten nicht beitreten (l. 68 — 76. D. de furt. — l. 1. §. 15. D. si is qui test. lib. — l. 2. §. 1. l. ult. D. expil. hered.) ſcheint doch auch mit der eignen Darſtellung des Gajus in Comm. II. § 57. nicht ganz zu harmoniren.

10) l. 1. 4. D. expil. hered. — l. 12. Cod. ex quib. caus. infam.

11) Man hat wohl l. 2. Cod. pro hered. zum Beweiſe angeführt, daß auch gegen den suus heres, wenn dieſer etwa unter dem necessarius bei Gajus II. §. 58. mitverſtanden war, die improba usucapio bald abgekommen ſey. Schweppe Rechtsgeſch. §. 458. Iſt die im Text ausgeſprochene Meinung richtig, ſo iſt wohl nicht wahrſcheinlich, daß noch zu Diocletians Zeit Jemand ſich auf improba usucapio berufen habe; und es wäre dann zu vermuthen, daß Diocletian ſelbſt dieſes Reſcript ſo verſtanden habe, wie es Thibaut Syſtem. §. 1027. auslegt, nehmlich: daß die usucapio pro herede auch des Beſitzers in gutem Glauben gegen den suus heres ſo wenig wie gegen andere Erben wirkſam ſei, ähnlich wie Antoninus in l. 1. Cod. ibid. ſagt: pro herede usucapio locum non habet. Vgl. übrigens Unterholzner l. c. not. 370.

12) Gaj. III. §. 35 seq.

rede beziehen, und Savigny findet das dem Zuſammenhange angemeſſener [13]); doch können jene Worte auch leicht und ungezwungen auf die improba usucapio allein bezogen werden. Aber aus andern Gründen läßt ſich darthun, daß nach Hadrian die usucapio pro herede auch des Beſitzers in gutem Glauben unwirkſam gegen den Erben (den prätoriſchen, wie den civilis heres) geworden, und in dieſer Geſtalt in das Juſtinianiſche Recht übergegangen ſeyn müſſe: man mag das nun dem Sc., deſſen Gajus erwähnt, oder dem in l. 20. §. 6. D. de her. pet. angeführten zuſchreiben [14].)

An ſich betrachtet iſt die von mir behauptete Beſtimmung über die Wirkung der usucapio pro herede keine, die man unwahrſcheinlich finden kann: vielmehr muß ſie ſehr verſtändig erſcheinen, wenn man an die Kürze der alten Uſucapionszeit, an die Schwierigkeiten der Verwaltung großer und zerſtreuter Erbſchaften und daran denkt, daß der Beſitzer in gutem Glauben jedenfalls nur wirklichen Gewinn herauszugeben hatte; es muß deshalb auch als wahrſcheinlich gelten, daß man den Beſitzer in gutem Glauben nicht ausnahm, wenn man einmal durch ein Geſetz die usucapio pro herede beſchränken wollte. Faßt man aber das letzgenannte Sc. nach ſeinen anerkannten praktiſchen Reſultaten auf, ſo müßte es als Inconſequenz auffallen, wenn darnach nicht die pro herede uſucapirte Sache eben ſo wohl als jedes Andere vermöge des vermeintlichen Erbrechts erworbene dem Erben reſtituirt werden müßte.

Diejenigen, qui justas causas habuissent, quare bona

13) Zeitſchr. f. geſch. Rechtsw. V. S. 21. not. 29.

14) Nach dieſem Sc., ſollte man meinen, ſey ein andres über die Aufhebung der usucapio pro herede nicht mehr nöthig geweſen. — vgl. Schweppe l. c. —; ich glaubte ſelbſt Gaj. II. 57. auf dieſes Sc. beziehen zu dürfen, eine Vermuthung, welche, beſonders wenn dort geleſen wurde Scto, die angeführte Stelle vgl. mit l. 28. D. de her. pet. ſehr gut zuließe. Aber man begreift dann nicht, wie man zu der Ausnahme bei Gaj. II. 58. kommen konnte, die freilich auch ſonſt ſonderbar genug ſcheint. Vgl. Unterholzner l. c. S. 326., der dieſelbe Vermuthung ausſpricht.

ad se pertinere existimassent, ſollen etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, immer ſo weit zur Reſtituation gehalten ſeyn, als ſie durch den Beſitz bereichert worden ſind: und was ſie einzig aus dem Grunde, weil ſie ſich für Erben hielten, uſucapirt und noch wirklich im Beſitze haben, ſollten ſie zurückhalten dürfen? Hat der Beſitzer eine aus der Erbſchaft verkaufte Sache wieder erlangt, ſo ſoll er die Sache ſelbſt und noch dazu den Vortheil, den er aus dem Verkaufe derſelben wirklich gewonnen, herausgeben: niemals befreit es ihn von der Reſtitution des Kaufpreiſes, wenn der Käufer die Sache ſchon uſucapirt hat; auch wird nicht unterſchieden, ob der Beſitzer erſt nach oder vor vollendeter usucapio pro herede die Sache veräußert hat.[15]) Ueberhaupt leitete man aus dem Sc. die Regel ab: Omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori quam praedoni,[16]) und es wäre nicht als lucrum anzuſehen, wenn er noch wirklich im Beſitze von Erbſchaftsſachen, die er pro herede uſucapirt hat, ſich befindet? Iſt das weniger lucrum, als wenn er Sachen z. B. durch Tradition eines Schuldners der Erbſchaft gleich erworben? Einen poſitiven Beweis meiner Behauptung gibt aber l. 1. D. Quor. bonor., eine Stelle, deren Schwierigkeit im Verhältniß zu ſeiner Meinung Roßhirt l. c. S. 14. not 13. andeutet, aber nicht hebt. Dieſelben Sachen, welche nach dem Hadrianiſchen Sc. dem Kläger bei der hereditatis petitio reſtituirt werden mußten, aber gewiß nicht mehr, ſollte der bonorum possessor durch das interdictum Quorum bonorum erlangen. Daher lautete das Edict:

«Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est; quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, *possidereve, si nihil usucaptum esset* — — — id illi restituas.«

Savigny, welcher wegen andrer Stellen die Fortdauer

15) l. 22. D. de her. pet.
16) l. 28. D. eodem.

einer völlig wirkſamen pro herede usucapio annehmen zu müſſen glaubte, [17]) ſuchte dieſe Stelle des Edicts damit zu vereinigen, indem er erklärte: quod pro herede aut pro possessore possides, aut *pro possessore* possideres, si nihil usucaptum esset, ſo daß ſich der Zuſatz possideresve, welcher erſt nach Hadrian hinzugekommen ſeyn muß, nur auf die improba usucapio beziehe. Allein auf dieſe Erklärung würde gewiß Niemand gekommen ſeyn, den nicht ein Bedürfniß der Vereinigung vermeintlich widerſprechender Stellen dazu zwänge, und es iſt ſchwer anzunehmen, daß der Prätor ſo zweideutig geſprochen habe, zweideutig um ſo mehr, da nach Gajus auch des Beſitzers in böſem Glauben possessio und usucapio *pro herede* genannt wurde. Vielmehr muß die Beſtimmung »pro herede aut pro possessore«, wie ſie ganz zu dem erſten possides gehört, ſo auch bei dem zweiten possideresve ganz wiederholt werden, wie auch die zweifache Form der Disjunction «aut, ve« andeutet. Wollte man ſagen, »possideres« könne ſich nur auf den, welcher mala fide pro herede, d. i. pro possessore uſucapirt habe, beziehen, weil nehmlich dieſer nach vollendeter Uſucapion aufhöre pro possessore zu beſitzen, derjenige aber, welcher (bona fide) pro herede zu beſitzen angefangen, auch nach vollendeter Uſucapion nicht aufhöre pro herede zu beſitzen [18]), ſo müßte man dann

17) l. c. S. 23. not. 30. — Das vieldeutige »si negotium integrum est„ in l. 2 Cod. Quor. bonor. kann wohl gegen l. 1. D. eod. nicht entſcheiden: ſonſt heißt es ja, quae, cum moreretur, ejus *fuerunt;* darunter ſind auch die uſucapirten Sachen mitbegriffen, und wer pro herede uſucapirt hat, beſitzt auch nach Savigny's Erklärung noch pro herede. Daß in l. 2. cit. der Zuſatz l. 1. cit. fehlt, macht natürlich nichts aus, denn das eben ſoll bewieſen werden, daß auch l. 1. cit. eine völlig wirkſame usucapio pro herede nicht ausſchließe. — Auch l. 3. Cod. de edict. D. Hadr. ſcheint mir gegen die Beweisſtellen für meine Anſicht (vgl. not. 29.) nichts zu entſcheiden; die Stelle kann auf die 30jährige Verjährung bezogen werden.

18) Savigny l. c. not. 28. l. 1. in f. D. pro suo. l. 3. §. 4. D. de poss. — Uebrigens kann auch wohl der Beſitz einer Sache, der an ſich possessio pro suo iſt, in Beziehung auf die hereditatis petitio, ſofern er ein aus unrechtmäßiger Anmaßung der Erbſchaft erlangter Vortheil erſcheint, possessio pro possessore ſeyn.

einräumen, daß dieſer ſchon wegen der erſten Beſtimmung «quod pro herede possides« auch die uſucapirten Sachen reſtituiren müſſe. Aber es iſt auch ſehr natürlich, daß der Prätor auf ſubtile Unterſcheidungen der Juriſten nicht Rückſicht nahm, wenn er kurz und verſtändlich andeuten wollte, daß man nun nicht mehr, wie ſonſt, die pro herede uſucapirten Sachen dem Erben vorenthalten könne.

Betrachtet man die Stelle als Theil des Juſtinianiſchen Rechts, ſo müßte man nach der von mir verworfenen Erklärung den erwähnten Zuſatz als todten Theil anſehen, der nur durch Nachläſſigkeit der Compilatoren ſtehen geblieben: eine Annahme, zu welcher freilich die Erfahrung gerade bei der usucapio pro herede geneigt machen kann, zu der man aber doch nicht leicht und am wenigſten dann ſeine Zuflucht nehmen darf, wenn man den Fehler in der Haupt- und Anfangsſtelle eines Titels behaupten müßte. Nach der viel ungezwungenern Erklärung, welche ich für die richtige halte, enthält jener Zuſatz eine ganz praktiſche Beſtimmung.

Was hiemit von der usucapio bewieſen iſt: daß ſie gegen den Erben ſelbſt nicht ſchützte: das beweiſen eben ſo deutlich von der longi temporis possessio, welche ſich auf ein vermeintes Erbrecht gründete, l. 4. cod. quib. cas. cess. l. t. p. — und l. 7. cod. de pet. hered. Zwar hat Roßhirt l. c. S. 31. einen neuen Verſuch gemacht, dieſe Conſtitutionen anders und ſo zu erklären, daß ſie ſeiner Annahme einer auch gegen den Erben wirkſamen usucapio pro herede im Juſtinianiſchen Rechte nicht widerſtreiten. Indem er nemlich die hereditatis petitio als in der Regel auf eine universatis corporum et jurium gerichtet für eine reine Forderungsklage erklärt, findet er in der Entſcheidung der genannten Conſtitutionen nichts als eine Anwendung der Regel, daß einer Forderungsklage gegenüber von einer exceptio dominii oder contravindicatio, von einer andern als der erlöſchenden Klagenverjährung nicht die Rede ſeyn könne. Nun aber, ſagt er, frage

ſich weiter, was bei der hereditatis petitio der condemnirte Beklagte herauszugeben ſchuldig ſey: er unterſcheidet, ob die Klage wirlich auf die universitas gerichtet ſey — dann müſſe der Erbe, wenn der Condemnirte einzelne corpora nicht reſtituire, mit der vindicatio auftreten, welcher dann natürlich die longi temporis praescriptio entgegenſtehe — oder auf einzelne corpora dann ſey kein Grund da, die Klage in der Wirkung für etwas Anderes als eine vindicatio rerum singularum zu halten; ſie ſey, weil ſie auf ein durch das Erbrecht begründetes Eigenthum ſich ſtütze, durchaus dinglicher Natur; und dann ſey wieder kein Zweifel, daß der Klage, weil der geſetzliche Grund der l. 7. cit. wegfalle, und ein vindicare res speciales da ſey, die exceptio longi temporis entgegengeſetzt werden könne.

Allein dieſer Erklärung, und jeder, welche ihr im Reſultat gleich kommt, muß man ſchon nach unbefangener Vergleichung deſſelben mit den Worten der angeführten Geſetze widerſprechen. Nach jener könnte man nur nicht unmittelbar gegen die hereditatis petitio die Einrede der Verjährung vorbringen; im endlichen Reſultat aber wäre es ganz gleichgültig, ob der Beklagte eine Sache pro herede oder ob aus ſpeciellem Rechtsgrunde beſitze; am Ende würde er ſich in beiden Fällen durch die longi temporis praescriptio im Beſitze erhalten können, der Erbe erlangte in keinem Falle die Sache wieder. Nun ſehe man, ob das der Sinn folgender Reſcripte ſeyn kann, die doch nicht erlaſſen wurden, um Richter und Partheien durch allgemeine Sätze und «die juriſtiſche Conſequenz mit ſich tragende Wahrheiten« in die Irre zu führen, ſondern ſie über die wahre Geſtalt ihrer Rechtsanſprüche zu belehren. Iſt man gleich oft berechtigt, wo Widerſprüche zu heben ſind, bei allgemein lautenden Reſcripten beſondre modificirende Umſtände des entſchiedenen Rechtsfalls vorauszuſetzen, ſo muß man ſie doch in der Regel auf eine möglichſt einfache und leichte Art verſtehen, da ſie in einem wirklichen Rechtsfalle die

unmittelbarſte Quelle der Entſcheidung einer Rechtsfrage ſeyn ſollten; wornach viel Vergleichen mit andern Rechtsſätzen und künſtliches Diſtinguiren nicht erwartet werden konnte: und iſt es gleich richtig, was Roßhirt bemerkt, daß man Reſcripte immer in der Richtung verſtehen müſſe, wornach ſie keine neuen Rechtsſätze enthalten, ſondern nur Entwickelungen des geltenden Rechts geben, ſo iſt doch auch klar, daß man durch dieſe Bemerkung keine gezwungne Erklärung ſolcher Reſcripte rechtfertigen kann, aus denen wir gerade erſt das zu ihrer Zeit beſtehende Recht erkennen wollen.

l. 4. cod. quib. cas. cess. l. t. praescr.
(Dioclet. et Maxim. Libroae.)

»Hereditatem quidem petentibus longi temporis praescriptio *nocere non potest*: verum his, qui *nec pro herede* nec pro possessore, sed pro emto vel donato seu alio titulo res, quae ex hereditate sunt vel fuerunt, possident, *cum ab his successio vindicari non possit*, haec juris definitio *nocet*.«

Unverkennbar werden hier die Beſitzer einzelner Sachen aus der Erbſchaft einander entgegengeſetzt, je nachdem ſie pro herede oder pro possessore beſitzen, oder ihren Beſitz durch einen ſpeciellen Rechtsgrund rechtfertigen. Dem Erben, welcher gegen jene mit der hereditatis petitio auftritt, ſoll die longi temporis nicht ſchaden: dieſe Regel des Rechts ſoll aber nicht denjenigen, welche pro emtore etc. beſitzen, ſchaden. Wie hätte der Kaiſer in einem Reſcript ſo reden dürfen, wenn er der Meinung geweſen wäre, daß jene Regel in der That auch dem Beſitzer pro herede nicht ſchade, daß der Erbe doch am Ende von dieſem ſo wenig, wie von dem Beſitzer pro emtore Reſtitution der Sache erlange?

Eben ſo deutlich ſpricht dieſe Entgegenſetzung in l. 7. cod. de pet. her. (Dioclet. et Maxim.-Restitutae.)

»Hereditatis petitionem, quae adversus *pro herede* vel *pro possessore possidentes* exerceri potest, prae-

scriptione longi temporis non submoveri, nemini incognitum est. — A [19]) caeteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicari posse manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus explosa sit.«

Wenn es ausgemacht iſt, daß dem Erben gegen jeden, der auch nur eine einzige Sache pro herede beſitzt, die hereditatis petitio zuſteht: was könnte dann den Richter, der auf dieſes Reſcript zunächſt allein ſeine Entſcheidung gründen ſollte, auf den Gedanken gebracht haben, daß hier doch auch der Beſitzer pro herede, ſo gut wie die caeteri, welche ihm entgegengeſetzt werden, ſich durch longi temporis praescriptio gegen den Erben ſchützen könne? Wie kann man annehmen, daß der Kaiſer, wenn er ſo verſtanden ſeyn wollte, in jener Weiſe geſchrieben hätte?

Ich würde dieſemnach mit einfacher Berufung auf l. 1. D. Quor. bonor. [20]), auf l. 4. cod. quib. cas. cess. l. t. — und l. 7. cod. de pet. her. für das Juſtinianiſche Recht unbedenklich den Satz behaupten: daß Niemand ſich auf usucapio pro herede gegen den Erben ſelbſt berufen könne.

Die angeführte Erklärung Roßhirt's hat aber auch ſonſt noch Manches gegen ſich, und ſcheint mir auch abgeſehen davon, daß ihr Reſultat mit den Worten der angeführten Con-

19) Löhr, im Mag. für Rtsw. und Gſtzgbg. IV. S. 24. not. hält dieſes A für fehlerhaft, obgleich er es in allen alten Ausgaben fand; ich halte es für richtig; nur muß man ceteris nicht auf actionibus beziehen, ſondern possessoribus ſuppliren: von andern Beſitzern, d. h. gegen andre.

20) Thibaut Syſtem. §. 1027. und Wening Civilrecht II. §. 45. führen dieſe Stelle für ihre Behauptung nicht an. — Unterholzner führt l. 4. Cod. cit. S. 368. not. 367. (damit bringt er ſehr unpaſſend l. 4. Cod. de praescr. long. temp. in Verbindung: vgl. oben Anm. 2.) ſo wie l. 1. D. Quor. bonor. S. 326. not. 327. an, allein ohne ihre Bedeutung für das Juſtinianiſche Recht zu erklären, da er doch an e. a. O. (not. 370.) Gewicht darauf legt, ob eine Stelle im Juſtinianiſchen Rechte als bedeutungslos angenommen werden müſſe. Nach not. 375. ſieht er aber die usucapio pro herede als durchaus wirkſam an.

ſtitutionen in ſo auffallendem Widerſpruche ſteht, in ſich unhaltbar und grundlos oder mit andern Worten: wenn wir auch nur den Satz für uns hätten: hereditatis petitionem longi temporis praescriptione non submoveri: ſo könnte dieſer doch nimmermehr auf die Art, wie Roßhirt will, erklärt oder verſtanden werden.

Zuvörderſt iſt es gegen die Anſicht des Römiſchen Rechts, wenn man die hereditatis petitio eine Forderungsklage nennt [21]). Ueberall bezeichnen die Römiſchen Juriſten die hereditatis petitio als eine in rem actio [22]), die Intention bei der hereditatis petitio iſt «hereditatem nostram esse«, nicht »dari nobis oportere« [23]); daher ſo häufig der Ausdruck »hereditatem vindicare«, dem übrigens auch »hereditatem petere« ſchon gleich ſteht, gebraucht wird [24]). Beſonders bezeichnend iſt der Ausdruck »successionem vindicare« in l. 4. Cod. cit. Die hereditatis petitio iſt ihrem Weſen nach eine Vindication des Erbrechts; eine Klage auf Anerkennung des Rechts auf Repräſentation des Verſtorbenen, in ſeinen Vermögensverhältniſſen [25]). Wie nun die rei vindicatio nicht durch das Eigenthumsrecht an ſich, ſondern erſt durch eine dieſem Rechte entgegenſtehende Anmaßung eines Andern be-

21) Ich begreife nicht, wie Roßhirt, indem er dieſe Behauptung ohne weitre Begründung als ausgemacht aufſtellt („es dürfte jetzt wohl außer Zweifel ſeyn„), ſich auf Thibaut im Arch. f. civ. Prax. VII. nro. XII. und Löhr Magaz. IV. 1. nro. II. berufen kann, da doch jener desgleichen nicht ſagt, Löhr aber die angeführte Abhandlung mit den Worten ſchließt: „da es ſonſt gewiß iſt, daß die hereditatis petitio zu den dinglichen Klagen gehört„ und dafür ausdrückliche Zeugniſſe anzuführen, nicht für nöthig hält.

22) l. 27. §. 3. D. de rei vind. l. 25. §. 18. D. de her. pet. vgl. Gaj, IV. §. 16. „Si in rem agebatur„ und §. 17. „Similiter si de fundo — sive de *hereditate* controversia erat, pars aliqua inde sumebatur, et in eam partem perinde atque in totam rem fiebat *vindicatio*.„

23) l. 3. §. 1. D. de her. pet. vgl. Gaj. IV. §. 2 – 4.

24) l. 8. D. de her. pet. l. 2. §. 2. D. ad Sc. Tertull. — l. 2. D. de mannm. quae serv. — l. 3. Cod. de test. u. a. vgl. l. 28. D. de obl. et action. l. 178. D. de verb. sign.

25) l. c. S. 19, not.

gründet wird, ſo kann freilich die hereditatis petitio nur gegen denjenigen angeſtellt werden, welcher durch Ausübung eines dem Erben allein zuſtehenden Rechts, deſſen Succeſſionsrecht beſtreitet. Der Beklagte muß etwas haben, was zu reſtituiren er condemnirt werden kann; denn um den bloßen Namen des Erben kann ſo wenig geſtritten werden, als gegen denjenigen die Eigenthumsklage angeſtellt werden kann, welcher ohne etwas von der Sache zu haben, nur das Eigenthum des Beſitzers oder Nichtbeſitzers läugnet[26]). Nicht jede Vorenthaltung einer Sache der Erbſchaft enthält aber eine Anfechtung des Erbrechts; wer aus einem andern Grunde beſitzt, als weil er ſich für den Erben hält, gegen den kann nicht die hereditatis petitio ſondern nur die rei vindicatio angeſtellt werden. Dieſe erfordert freilich, wenn auch das Eigenthum des Erblaſſers bewieſen iſt, noch von Seiten des Klägers den Beweis ſeines Erbrechts; aber auch nur, weil dieſes nothwendige Vorausſetzung ſeines Eigenthum's iſt: gegen den Beſitzer pro herede hingegen iſt die successio in universum jus des Verſtorbnen der eigentliche Gegenſtand des Rechtsſtreites, wie in jenem Falle das Eigenthum. Wenn Jemand ohne Berufung auf irgend einen Rechtsgrund Sachen der Erbſchaft in Beſitz genommen, ſo hätte man das verſchieden bald als eine Anmaßung gegen das Eigenthumsrecht des Erben bald als eine Verletzung ſeines Succeſſionsrechts betrachten, daher bald die rei vindicatio bald die hereditatis petitio dem Erben geſtatten können; natürlicher, meine ich, muß man das letzte finden, zumal wenn man ſich der alten usucapio pro herede und des damit zuſammenhängenden Grundſatzes, daß an Erbſchaftsſachen kein Diebſtahl begangen wird, erinnert; denn darnach mußte es häufig vorkommen, daß Einer ſich den Be-

26) Das Eigenthum oder Erbrecht enthält den Grund des Klagrechts (actio) der Beſitz des Gegners den Grund der Klag-Anſtellung: Rhein. Muſ. I. 3. S. 179. Der Nichtbeſitzer, qui liti se obtulit, od. qui dolo desiit possidere wird condemnirt, gleich als beſäße er wirklich.

ſitz mehrerer Sachen der Erbſchaft anmaßte, wo es dann beſſer war, dieſe durch Eine hereditatis petitio als durch mehrere Vindicationen zurückzuverlangen: auch mußte eine ſolche Beſitznahme von Erbſchaftsſachen, wenn ſie mit dem Bewuſtſein dieſer ihrer Eigenſchaft geſchehen war, mehr als ein unbefugter Eingriff in das Succeſſionsrecht des zur Erbſchaft berufenen, denn als eine Verletzung des Eigenthums erſcheinen. Da ferner in der Hereditas nicht blos Eigenthumsrechte enthalten ſind, ſo iſt eine Beſtreitung des Erbrechts (durch That, nicht blos durch Worte) nicht allein durch den Beſitz von Sachen möglich, ſondern in gleicher Weiſe auch durch die Anmaßung andrer Rechte der Erbſchaft, oder den wirklichen Genuß der reellen Vortheile aus denſelben, und es iſt conſequent, daß auch dadurch, ſo fern ein Gegenſtand der Reſtitution da iſt, die hereditatis petitio begründet wird. [27]) Dieſer Umſtand, daß bisweilen der Gegenſtand der Reſtitution, welche man durch die hereditatis petitio erzwingen will, ſeiner Natur nach eine rein perſönliche Leiſtung iſt, hat wohl Veranlaſſung gegeben, die hereditatis petitio eine mixta personalis actio zu nennen [28]); aber dennoch iſt ſie ihrem Weſen nach und gemäß der Anſicht der Römiſchen Juriſten eine reine in rem actio, auch wenn gar keine Sachen zu reſtituiren ſind; der Beklagte iſt dem Kläger zu Nichts obligirt (was die Vorausſetzung der Fordrungsklage iſt) bevor er condemnirt worden, und daß ihm die Condemnation ſolche perſönliche Leiſtungen auflegen kann, benimmt der hereditatis petitio ſo wenig den Charakter der in rem actio, als dieſen die rei vindicatio deshalb verliert, weil der Beklagte ebenfalls in vielen Fällen zu andern Leiſtungen als der bloßen

27) M. vgl. l. 18. §. 2. l. 19. D. de her. pet. — l. 9. l. 13. §. 15. l. 14. seq. l. 25. §. 18. l. 42. ibid.

28) Löhr l. c. hat die Gehaltloſigkeit dieſes Ausdruckes (in dieſer Beziehung) gezeigt und wirft mit Recht dem Verfaſſer der l. 7. Cod. de her. pet. den Ausdruck als unpaſſend vor.

Herausgabe der Sache verurtheilt wird [29]). Ueberhaupt darf man den Charakter einer Klage nicht nach dem Gegenstande der Condemnatio, sondern nach der intentio bestimmen, und dann kann darüber kein Zweifel entstehen, wohin die hereditatis petitio zu zählen ist [30]). Wenn also in l. 7. Cod. de pet. her. der Grund angeführt wird «quoniam hoc mixtae personalis actionis ratio respondere compellat«, so darf uns dieser verkehrte Ausdruck einer spätern Zeit so wenig Zweifel gegen den dinglichen Charakter der heriditatis petitio erregen, als er uns einen in sich widersprechenden Begriff aufdringen kann. Allerdings enthält der Satz, für welchen jener Grund angeführt wird, eine juristisch consequente Wahrheit, aber consequent ist sie aus andern Gründen als welche Roßhirt angibt: Der Gegenstand der heriditatis petitio ist die Hereditas, nicht einzelne Sachen; da nun die Hereditas selbst nicht Gegenstand des Besitzers ist, so kann auch von einer longi temporis praescriptio gegen die hereditatis petitio nicht die Rede seyn. Doch genug davon, aus welchen Gründen dieser Satz für wahr zu halten sey, daß er wahr sey, wird nicht bezweifelt.

Aber nun fragt sich weiter (und das berührt den eigentlichen Gegenstand dieser Abhandlung näher), was bei der hereditatis petitio der Beklagte herauszugeben schuldig ist?

29) l. 13. l. 15 — 22. D. de rei vind. l. 42. 68. ibid. — Richtig bemerkt Löhr l. c. S. 19. „Alle dinglichen Klagen haben die Eigenschaft, daß sie die durch Nichtanerkennung des Rechts oder den Besitz der Sache gegen den Beklagten entstandenen Forderungsrechte zugleich mit dem dinglichen Rechte verfolgen.„ (Strenge genommen entstehen die Forderungsrechte erst durch die Condemnation, daher gibt es keine besondre Klage wegen der omnis causa, wenn sie in der Condemnation nicht mitbegriffen war.) Wahr ist demnach auch die Bemerkung in der Note daselbst, daß die persönlichen Leistungen gar nicht einmal etwas Besondres bei der Erbschaftsklage sind: diese geht auf Anerkennung des Erbrechts: „alles Uebrige ist Folge dieser Anerkennung.„

30) S. Anm. 23. vgl. Gaj. IV. §. 41. und §. 44. vgl. mit §. 13: I. de action. Der Gegenstand der Condemnatio war immer eine persönliche Leistung, da sie ja immer auf Aestimatio in Gelde gerichtet war. Gaj. IV. §. 48. — Diesemnach scheint mir auch Thibaut l. c. S. 227. flg. nicht von einer richtigen Ansicht ausgegangen zu seyn.

Hier macht Roßhirt den Unterſchied: wenn die hereditatis petitio auf einzelne beſtimmte corpora gerichtet ſey, ſo ſey ſie eigentlich von der vindicatio rerum singularum nicht verſchieden, ſie ſey denn ganz dinglicher Natur, und weil hier der geſetzliche Grund der l. 7. cit. wegfalle, ſo läßt er hier, den ſonſt anerkannten Satz dieſes Geſetzes beſchränkend, unmittelbar gegen die hereditatis petitio die Einrede der Verjährung zu. Allein, wie bewieſen, iſt die hereditatis petitio immer dinglicher Natur, und der angeblich geſetzliche Grund iſt gar keiner: auch finde ich wenigſtens keine Spur, daß man die hereditatis petitio irgend nach verſchiedner Anſicht beurtheilt habe, wenn nur einzelne Sachen oder wenn Sachen und verſchiedenartige Rechte zuſammen in der Erbſchaft enthalten ſind, auch durchaus nichts, was, wenn einmal zugegeben worden, daß die Klage gegen den possessor pro herede einzelner beſtimmter Sachen die hereditatis petitio iſt und heißt, berechtigen könnte, den Satz «hereditatis petitionem, quae adversus pro herede vel pro possessore possideutes exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri« auf den Fall nicht zu beziehen, wenn durch die hereditatis petitio eben nur die Reſtitution einzelner Sachen erſtrebt werden ſoll. Vielmehr geht aus dem Schluſſe unſeres Geſetzes recht deutlich hervor, daß man eine ſolche Unterſcheidung nicht machte, ſondern der Satz gerade auch in Beziehung auf diejenigen, welche einzelne beſtimmte Sachen pro herede beſitzen, ſeine Anwendung findet. A caeteris autem, (d. h. gegen diejenigen, qui nec pro herede nec pro possessore res, quae hereditatis sunt vel fuerunt, possident — l. 4. Cod. 7. 34.) tantum specialibus in rem actionibus vindicari posse manifestum est etc.

Freilich aber mußte hier, um die aufgeſtellte Meinung von der Wirkung der usucapio pro herede aufrecht zu halten, eine ſolche durch nichts begründete Unterſcheidung und den Worten des Geſetzes widerſtreitende Erklärung deſſelben

angenommen werden: denn die Erklärung, welche in dem andern Falle aushelfen soll, mußte doch dann, wenn die Absicht des Klägers gleich von vorneherein nur auf Erlangung einzelner bestimmter Sachen gerichtet war, gar unpassend erscheinen.

Wenn nehmlich die hereditatis petitio auf die Universitas gerichtet sey, dann, meint Roßhirt, müsse der Erbe, wegen der einzelnen corpora, die der condemnirte Beklagte nicht restituire, insbesondre mit der Vindication auftreten, wogegen dann longi temporis praescriptio Statt finde. Wäre dieses richtig, so müßte man voraussetzen, daß im Urtheil dem Beklagten noch nicht aufgegeben sey, was er restituiren solle, (denn sonst bedürfte es keiner Vindication mehr, sondern der Erbe könnte sich lediglich auf die Condemnation berufen) daß also blos das Erbrecht des Klägers durch Urtheil anerkannt sey: dann aber müßte der Erbe so gut die einzelnen persönlichen Leistungen durch besondre persönliche Klagen als die Sachen durch besondre Vindicationen einfordern, der Beklagte wäre noch gar nicht condemnirt [31]) und unbegreiflich wäre es, wie man dann die hereditatis petitio im Gegensatz gegen diese einzelnen Klagen eine Fordrungsklage nennen könnte. Aber die Frage ist auch ganz unrichtig gestellt: was der condemnirte Beklagte herauszugeben schuldig sey? Man muß fragen: Wozu muß der Richter bei der hereditatis petitio den Beklagten condemniren, wenn der Kläger für den Erben erkannt wird? Diese Frage muß ganz analog der Frage beantwortet werden, gegen wen die hereditatis petitio begründet sei; denn sie kann immer gegen denjenigen angestellt werden, der etwas hat, (oder doch so angesehen wird) zu dessen Restitution ihn der Richter in Folge dieser Klage condemniren kann. Also ist die Antwort einfach diese: Der Richter muß den Beklagten zur Restitution aller Sachen und Rechte der Erbschaft condemniren, die er pro herede besitzt [32]): pro

31) Es wäre nur praejudicium — Gaj. IV. §. 44.
32) l. 9. D. de her. pet.

herede beſitzt er aber auch die noch, welche er ſchon longo tempore pro herede beſeſſen hat, da (nach Vorjuſtinianiſchem Rechte) der Ablauf der Verjährungszeit den Beſitzgrund durchaus nicht ändert, ſondern nur dem Beſitzer ein Schutzmittel gegen die Eigenthumsklage verleiht[33]). Welche einzelne Sachen nun dahin gehören, kann, und wird in der Regel, ſchon im Urtheil angegeben ſein; iſt das aber auch nicht geſchehen, ſo iſt doch nur die Nachweiſung erforderlich, daß einzelne Sachen, welche der Erbe in Anſpruch nimmt, unter denjenigen begriffen ſind, deren Reſtitution durch das Urtheil im Allgemeinen aufgelegt worden. Von einer beſondern Vindication der einzelnen Sachen, daher von einer nun erſt vorzubringenden Einrede der Verjährung kann hier überall nicht die Rede ſein; alle einzelnen Anſprüche des Erben gründen ſich auf die durch die Condemnation begründete perſönliche Verpflichtung zur Reſtitution der Erbſchaftsſachen, und von dieſer kann auch das Vorbringen, daß man das Eigenthum einiger durch Uſucapion erworben habe, ſo wenig befreien, als die Reſtitution ſolcher Sachen erlaſſen iſt, welche der Beklagte von Anfang an als ſein Eigenthum, aber ex hereditaria causa, erworben hat, z. B. die Sache, welche ihm der Schuldner der Erbſchaft zur Tilgung ſeiner Schuld tradirt hatte.

Nur wenn der Beklagte nach dem Urtheil noch eine Erbſchaftsſache in Beſitz genommen hat, ſo muß dieſe vindicirt werden, natürlich, weil das Urtheil, welches nicht auf die Zukunft gerichtet war, ſie nicht betrifft, und weil nun der Beklagte, dem der Kläger als Erbe gelten muß, die Sache ihm auf keine Weiſe vorenthalten kann, als indem er ſein Eigenthum beſtreitet oder läugnet, daß die Sache zur Erbſchaft gehöre[34]): eine ſolche Sache kann dann aber auch nimmermehr von ihm pro herede uſucapirt werden.

33) l. 4. und l. 7. Cod. cit. können jedenfalls nur mit Rückſicht auf das Vorjuſtinianiſche Recht richtig erklärt werden; übrigens hebt auch Uſucapion den frühern Beſitzgrund nicht auf. — l. 3. §. 4. D. d. poss.

34) Wenn aber die Klage durch den Beſitz auch nur einer einzi-

Es bleibt uns alſo das an ſich gar nicht auffallende [35]), nach den Grundſätzen der l. 20. §. 6. D. de her. pet. ganz conſequente, durch eine natürliche hiſtoriſche Anſicht unterſtützte, durch Exegese aber, wie ich glaube, vollkommen bewieſene Reſultat, daß Usucapio pro herede nach Juſtinianiſchem Rechte zwar Statt finde, aber von der Reſtitution an den wahren Erben nicht befreie.

Sehr einfältig ſcheinen im Zuſammenhange des Juſtinianiſchen Rechts l. 29. D. de usurp., deren Hauptſatz aber wohl durch keine Interpretation entfernt werden kann [36]), und l. 2. cod. pro herede, die man gern erklären möchte, wie Thibaut, Syſtem §. 1027., die auch meiner Meinung nach urſprünglich keine andre Bedeutung gehabt hat, aber doch als Geſetz in der Juſtinianiſchen Sammlung in dieſem Falle Uſucapion ganz zu läugnen ſcheint.[37]).

gen Sache veranlaßt war, ſo muß doch der Beklagte Alles reſtituiren, was er nach dem Anfange des Rechtsſtreits auf den Grund des angemaßten Erbrechts erlangt hat. l. 4. D. de her. pet. „Si hereditatem petam ab eo, qui unam rem possidebat, de qua sola controversia erat, etiam id, quod postea coepit possidere, restituet.“ — l. 41. D. eodem; was auch noch zum Beweiſe der Grundloſigkeit der von Roßhirt gemachten Unterſcheidung (oben S. 20) dienen mag.

35) Man denke ſich einen Fall der usucapio pro herede, z. B. es iſt ein Teſtament vorgefunden und darnach die Erbſchaft in Beſitz genommen, nachher findet ſich, daß das Teſtament widerrufen oder ſonſt ungültig iſt; oder nach langer Zeit findet ſich ein näherer Inteſtaterbe, als der, welcher die Erbſchaft als ſolcher angetreten hatte; ſoll hier (und man denke dabei an die kürzre Uſucapionszeit des ältern Rechts) der Beſitzer die uſucapirten Sachen dem wahren Erben vorenthalten dürfen? — Man vgl. auch das Recht des Beſitzers in gutem Glauben an den Früchten der Sache. (oben Anm. 8.).

36) Unterholzner I. S. 372. not. 371. —

37) ibid. S. 368. not. 368.

Ueber
Erbvertrag, Vertrag über eine fremde Erbschaft, Schenkung Todes halber und wechselseitiges Testament.

Von
Hasse.

Die Ueberschrift zeigt schon, daß von keinem der darin genannten Institute für sich allein, sondern von jedem in Verbindung mit den übrigen gehandelt werden soll. Es kann daher nicht darauf abgesehen seyn, jedes erschöpfend und in allen seinen Beziehungen darzustellen, sondern nur der Charakter eines jeden, und wie sie sich scheiden und anziehn, kurz wie sie im wirklichen Recht in einander gefugt sind, und seyn müssen, soll mit möglichster Klarheit entwickelt werden. Es läßt sich voraussehen, daß die Herrschaft des Begriffs dabei einigermaaßen wird anerkannt werden, wenn auch dafür gesorgt seyn soll, daß den in der That vorhandenen Rechtsverhältnissen, was man auch unbeschwert Rechtszustände nennen könnte, keine unnatürliche Gewalt dadurch zugefügt werde. Daß die verschiednen Theile der Ueberschrift im Verfolg methodisch auseinander gestellt werden, kann dem angegebenen Plane keinen Abbruch thun, wenn nur nie vergessen wird, daß sie in einer gewissen Gesammtheit hier zu betrachten sind.

Erſtes Capitel.

Vom Erbvertrage.

§. 1.

Begriff und Arten des Erbvertrages.

1. Wie das römiſche Teſtament ein letzter Wille iſt, wodurch die Beerbung beſtimmt wird, ſo iſt der Erbvertrag ein Vertrag, wodurch die Beerbung beſtimmt wird. Gemeiniglich wird ſie dadurch verändert, d. h. anders beſtimmt, als das Geſetz unmittelbar ſie angeordnet hat. Jemand kann aber in ſeinem Teſtament gerade nur ſeine geſetzlichen Erben, und eben ſo wie ſie das ſind, einſetzen, ſelbſt ohne ihnen irgend ein Vermächtniß aufzulegen; und ſie beerben ihn nun doch aus ſeinem Teſtament, nicht unmittelbar nach Geſetz: ſo iſt es auch mit der Beerbung nach Vertrag. Aber freilich aus factiſchen Gründen wird man ſolche Anſtalten nicht leicht machen, wenn man nicht die erwähnte Aenderung beabſichtigt. Jedoch kann der Vertrag gerade die Abſicht haben, eine anderweitige Aenderung unmöglich zu machen.

Das Wort Beerbung nehmen wir hier erſt einmal im allgemeinſten Sinne für jegliche Art, wie jemand einem Verſtorbenen in dem von ihm hinterlaſſenen Vermögen nachfolgt, mag dieſe Nachfolge per universitatem, oder mag ſie in singulas res geſchehen. Die erſtere Nachfolge können wir Beerbung im ſtrengen Sinne nennen, die letztere mit einem allgemeinen Wort Vermächtniß, und wir wollen uns fortan, wo es Gelegenheit gibt, dieſer Ausdrücke bedienen, um der etwas ſchwerfälligen Bezeichnung durch Univerſal- und Singular-Succeſſion entübrigt zu ſeyn. Hiernach wären denn die beiden denkbaren Hauptarten des Erbvertrags 1) Beerbungs-Vertrag, und 2) Vermächtniß-Vertrag.

2. Der Beerbungsvertrag kann aber ferner entweder eine Erbeinſetzung ſeyn, es wird darin ein Erbe ernannt,

wie in einem Teſtament (Erbvertrag im engern Sinne, acquiſitiver Erbvertrag, wie die Teutſchen ihn, wenn er ohne Vermittlung einer Reſtitution den Erben ernennt, Institution d'héritier contractuelle, wie die Franzoſen ihn viel paſſender zu nennen pflegen); oder es kann eine Enterbung ſeyn, jemand, dem ein Erbrecht nach dem Tode des Erblaſſers zukommen würde, verliert dieſes durch ſeinen Vertrag mit dieſem künftigen Erblaſſer. Das letztere nennen wir gewöhnlich einen renunciativen Erbvertrag, die Franzoſen renonciation a une succession future, und es iſt allerdings wahr, daß hierbei immer ein Verzicht geſchieht; allein dies bezeichnet den Charakter nicht, denn Verzicht auf einen Erbanſpruch zum Vortheil eines Andern, läßt ſich gar wohl denken ohne alle Mitwirkung des Erblaſſers, dann wird dadurch aber nicht zunächſt die Beerbung beſtimmt, ſondern nur ihr endlicher Effect. Hier müſſen wir uns denken einen Vertrag mit dem Erblaſſer, wornach der andere Paciscent nicht ſein Erbe werden ſoll, und da iſt es ſchicklicher, dies einen Enterbungsvertrag zu nennen. So wie in einem Teſtament jemand enterbt werden kann, ſo geſchieht es hier durch Vertrag. Gegen den Ausdruck Enterbung dürfte man ſich hier nur deswegen ſträuben, weil die römiſche Exheredatio immer aus dem alleinigen Willen des Teſtators hervorging, alſo auf Seiten des Exheredatus als unfreiwillig erſchien, aber das rührt nur daher, weil die Römer keine Enterbung anders als durch letzten Willen anerkannten, und Enterbung bleibt doch immer Enterbung, ſie mag mit oder ohne Einwilligung des Enterbten geſchehn. Aber es waren auch noch andre Urſachen, welche der Wahl dieſes Namens entgegenſtanden, wie ſich unten zeigen wird.

3. Es iſt ſehr begreiflich, daß mit einem ſolchen Enterbungsvertrage, wo er gültig iſt, gemeiniglich ein Erbeinſetzungsvertrag in Eins verbunden wird. Der Eine ſoll nicht Erbe werden, der es ſonſt geworden wäre, der Andre ſoll es

werden, er wäre ſonſt vielleicht gar nicht Erbe geworden, oder er ſoll doch durch die Entfernung des Erſteren an Größe des Erbtheils gewinnen: mit beiden zugleich wird vom Erblaſſer ein Vertrag abgeſchloſſen. Vom reinen Princip der Repräſentation, wie dieſes das römiſche Recht enthält, ausgegangen, würde jene Verbindung ſogar nothwendig ſeyn, in ſo weit nämlich, daß keine Enterbung ohne Einſetzung ſeyn kann. Das römiſche Teſtament iſt ſeinem Weſen nach eine Heredis institutio, und nur im Teſtament kann eine Exheredatio geſchehn. Wer über ſeine Beerbung im engern Sinne etwas verfügen will, muß den ernennen, der ſeine Perſon, alſo ihn ganz repräſentiren ſoll, verſteht ſich, er kann mehrere dazu ernennen, aber die Repräſentation muß erſchöpft ſeyn (nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest). Dadurch ſind denn freilich ſchon *ſtillſchweigends* alle die Perſonen enterbt, die er nicht eingeſetzt hat, denn es gilt ein nothwendiges ius accrescendi unter allen vom Teſtator gerufenen Erben bis zum letzten. Bleibt nur Einer von den Ernannten, ſo bekommt er die ganze Erbſchaft. Nur gab es einzelne bevorzugte Inteſtaterben, die *ausdrücklich* enterbt ſeyn mußten, wenn das Teſtament gelten ſollte. Dieſe konnte man denn aber nicht aus der Zahl der geſetzlichen Erben nur ſo herausreißen, man mußte durch Teſtament einen Erben ernennen, und jene neben dieſem ausſchließen, *denn über die geſetzliche Erbfolge konnte man gar nicht teſtamentariſch verfügen*. War dieſe Enterbung dann inofficios geſchehn, ſo konnte denn doch noch das Teſtament angefochten werden, und Erbeinſetzung und Enterbung ſtanden und fielen mit einander: ein Fall, der im neueſten römiſchen Recht noch viel leichter eintreten kann, als im älteren.

Von dieſem ſtreng römiſchen Princip aber einmal hinweggeſehn, kann man durch einen Enterbungsvertrag eine Perſon aus der Zahl der geſetzlichen Erben herausnehmen, ohne daß man eine andere ausdrücklich an ihre Stelle ſetzt, ſey es durch

Teſtament, ſey es durch Einſetzungsvertrag, indem man gerade nichts weiter will, als eben dies, ſie ſoll nicht Erbe werden. Nicht einmal nöthig iſt, daß man dies auch nur ſtillſchweigends ſchon jetzt zum Vortheil einer dritten Perſon thut. Vielleicht hatte der Enterbte ein Notherbenrecht, wie es ſo eben geſchildert worden, nun hat er ſeine Enterbung ſelbſt gewollt, und der Erblaſſer hat ſich vorerſt die Teſtamentifaction frei gemacht.

4. Der Erbeinſetzungsvertrag kann aber nicht bloß eine Einſetzung zur erſten, ſondern auch eine Einſetzung zur zweiten Hand ſeyn. Das Letztere läßt ſich denn wieder auf zweierlei Weiſe denken, entweder ſo, daß in Ermangelung des erſten Erben, was auch ein geſetzlicher oder teſtamentariſcher Erbe ſeyn kann — eine vulgäre Subſtitution durch Vertrag, die man noch zum ſ. g. n. acquiſitiven Erbvertrag rechnen kann, geſchieht; oder ſo, daß der erſte Erbe die Erbſchaft ganz oder zum Theil herauszugeben hat. Man nennt das Letztere einen reſtitutiven Erbvertrag, aber auch dieſe Benennung kann leicht verwirren, da man ſich zur Reſtitution einer Erbſchaft auch ohne Vertrag mit dem Erblaſſer verpflichten kann, und dann betrifft der Vertrag gar nicht eigentlich die Beerbung. Man ſollte es daher lieber ein Univerſal-Fideicommiß durch Vertrag nennen, denn ein Univerſal-Fideicommiß iſt nach neueſtem Recht immer eine wahre Erbeinſetzung zur zweiten Hand. Der Erblaſſer darf hier nie hinweggedacht werden; aber mit wem ſchließt er denn dieſen Vertrag? Mit ſeinem Erben erſter Ordnung? Das ſcheint überflüſſig, da er auch ohne ſeine Einwilligung ihm ein Fideicommiß auflegen kann. Allein es kann ein Vertragserbe ſeyn, dem er kein Vermächtniß und kein Fideicommiß auflegen kann. Daß die Quarta Falcidia nicht abgezogen werde, kann nicht wohl die Abſicht ſeyn, da dieſe durch ein ſimples Verbot des Erblaſſers jetzt entfernt werden kann. Aber es kann ein Notherbe ſeyn, dem ohne ſeine Einwilligung

die Reſtitution nicht aufgelegt werden darf. Sodann aber auch kann ein ſolcher fideicommiſſariſcher Vertrag mit dem Fideicommiſſar geſchloſſen werden, und ſobald man dieſem bindende Kraft gibt, iſt er denn von größter Wirkung, und kann ſich ſowohl auf einen geſetzlichen, als einen teſtamentariſchen, als einen directen Vertragserben beziehn, in welchem letztern Falle meiſtens ein Reſtitutions-Vertrag mit dieſem hinzukommen muß, und ein ſolcher Vertrag mit dem Fiduciar iſt es denn eigentlich, welchen unſre Germaniſten einen reſtitutiven Erbvertrag nennen. Den Vertrag mit dem Fideicommiſſar würden ſie wohl immer noch lieber einen acquiſitiven Erbvertrag nennen.

5. Es läßt ſich denken, daß ein Erbvertrag von einer oder von beiden Seiten durch Mandatare geſchloſſen wird; oder daß ihn ein Negotiorum Geſtor für uns ſchließt, indem wir das nachher ratihabiren. Abgeſehen von der Gültigkeit oder Ungültigkeit darf das nicht damit verwechſelt werden, wenn jemand zum Vortheil oder Nachtheil eines Dritten ohne Stellvertretung einen Einſetzungs- oder Enterbungsvertrag mit dem Erblaſſer ſchließt: der Dritte ſoll ſein Erbe werden oder er ſoll von ſeiner Erbſchaft entfernt werden, z. B. der Vater für die Tochter mit ſeinem Bruder, dem Oheim der letzteren, er läßt ſie von dieſem inſtituiren, oder er verzichtet für ſie, indem er für ſie in ihre Enterbung willigt. Einen ſolchen Erbvertrag, wenigſtens wenn er zum Vortheil des Dritten geſchloſſen wird, nennt man wohl einen dispoſitiven Erbvertrag, doch ſcheint dieſer Terminus, der auch ziemlich willkürlich gewählt iſt, ſich noch nicht recht feſtgeſetzt zu haben.

§. 2.

Abſolute Ungültigkeit aller dieſer Erbverträge nach römiſchem Recht.

1. Dieſer trocknen Begriffsbeſtimmungen konnten wir nicht wohl entrathen, wenn wir einigermaaßen orientirt ſeyn wollten.

Es ist hier aber nur noch das bloß Mögliche aufgestellt und gesondert worden: solche Erbverträge können beliebt und befolgt werden, ohne daß sie in einem positiven Recht gewehrt, d. h. mit einem gerichtlichen Zwang verknüpft sind, wie z. B. bei den Römern Fideicommisse lange vorher schon von anständigen Leuten befolgt wurden, ehe ein Gerichtszwang für sie eingeführt war. Treten wir nun aber aus dem Kreise des Möglichen heraus, so entsteht die Frage, hat das positive Recht sie anerkannt? Für das römische Recht muß dies durchaus verneint werden: als Vertrag hat darnach eine solche Vereinbarung schlechterdings niemals und in keinen Fällen eine Rechtswirkung. Im Allgemeinen ist das eine bekannte und unstreitige Sache; da man jedoch Ausnahmen hat sehen wollen, die gar nicht existiren, und aus diesen irrigen Ausnahmen sogar die Entstehung der Erbverträge in unserm Recht hat herleiten wollen, so müssen wir dies doch etwas genauer ins Auge fassen. Von den zwölf Tafeln an bis zu Justinians Gesetzgebung einschließlich, und so viel wir weiter zurücksehen können, finden wir nur zwei Arten, wie die Beerbung zum voraus rechtskräftig bestimmt wird, Gesetz und einseitiger letzter Wille des Erblassers. Daß das Mancipations-Testament eine Art Erbvertrag gewesen, ist wohl nur eine schon wieder aufgegebene Vorstellung Einiger, vielmehr war es nur ein fingirter, symbolischer Verkauf der Erbschaft, kein wirklicher, es ist keine Spur davon, daß ein solches Testament zu irgend einer Zeit unwiderruflich gewesen. Die Ambulatoria voluntas bis zum Tode wird immer, wo von Testament und dessen Verfügungen die Rede ist, als etwas Entschiedenes, was gar nicht anders seyn könne, und also auch wohl nie anders gewesen war, vorausgesetzt. Das gilt von Erbeinsetzungen wie von Legaten und Fideicommissen. Ein Erbvertrag ist natürlich nichts Einseitiges, er ist aber auch kein letzter Wille, sondern ein gegenwärtiger. Auf dem gegenwärtigen Zusammenstimmen der beiden Willen, auf

der augenblicklichen Vereinbarung muß die Rechtswirkung beruhen, sonst wirkt hier kein Vertrag als solcher. Der Vertrag kann freilich seine Wirkung selbst von einem einseitigen Widerruf abhängig machen, aber dann beruht wieder die Wirksamkeit dieses Widerrufs nur auf dem Vertrage, und sie tritt nur ein, so weit der Vertrag selbst dieses wollte, wie z. B. wenn einem Kaufcontract das pactum displicentiae hinzugefügt wurde. Ein Erbvertrag muß also seiner Natur nach regelmäßig einseitigen Widerruf ausschließen. Folglich sind letzter Wille und Erbvertrag sich einander schlechterdings ausschließende Begriffe. Wenn es im römischen Recht keine einzige Stelle gäbe, welche die Ungültigkeit des Erbvertrags insbesondre aussprächе, so würde dieses doch nicht zu bezweifeln seyn, da darin die Beerbung immer nur nach Gesetz oder nach ultima voluntas regulirt wird.

2. Fragen wir nun nach der Ursache, weswegen die Römer in ihrem Erbrecht hierbei stehen blieben, und von einem Erbvertrage niemals etwas wissen wollten, obgleich sie doch späterhin durch die Fideicommisse ihr Erbrecht mehr als genugsam ausweiteten; so läßt sich diese Frage nicht für alle Zeiten mit vollkommener Gewißheit beantworten. Das Wahrscheinlichste ist aber doch, daß bei den acquisitiven Erbverträgen wenigstens die ursprüngliche Idee die war: es ist zu unwürdig, daß ein Civis romanus sich um die Freiheit zu testiren, d. h. einen letzten Willen zu haben, um diese Freiheit, die ihm durch die Zwölftafeln, vielleicht nach manchen Kämpfen gegen absolute Agnations- oder Gentilitätsrechte feierlich zugesichert wurde, sich nun durch einen Vertrag, d. h. durch einen augenblicklichen Willen, den ein Andrer acceptirte, sollte bringen können, — als daß eine solche Vereinbarung unter Zwang gestellt werden darf. Die Vereinbarung, die Zusicherung des Erbrechts ist an und für sich, und so weit sie noch auf Treue und Glauben beruht, nichts was gegen die gute Sitte verstößt, aber der Zwang ist hier das Unwürdige,

daher darf dieſer weder durch das Geſetz öffentlich angeordnet ſeyn, noch durch eine Stipulatio poenae hervorgebracht werden. Zu dieſer Anſicht ſtimmen denn auch die einzelnen klaſſiſchen oder halbklaſſiſchen Texte, die hiervon reden. In L. 52. §. 9. D. pro socio ſagt Ulpian, Socii ſollten ſich nicht unter einander durch den Societäts-Contract zu Erben ernennen, und ſo wie durch eine neue Inteſtat-Erbordnung gegen das Geſetz einen entfernten Verwandten dem nähern vorziehn, oder ſich auch nur die «libertas de supremis iudiciis» benehmen oder beſchränken dürfen. In L. 5. C. de pact. convent. tam sup. dote ſagt Diocletian, den nichtgeſetzlichen Erben (extraneis) könne man nur durch Teſtament (dieß hier ſchon im Gegenſatz von Erbvertrag gedacht) die Erbſchaft zuwenden. Habe daher ein Mann mit ſeiner Frau im Dotal-Vertrag ausgemacht, daß ihm nach ihrem Tode nicht bloß die Dos verbleiben, ſondern auch die übrigen Güter der Frau zufallen ſollten (ad se pertinerent), ſo werde die Erbfolge dadurch nicht verändert, aber auch eine perſönliche Klage gegen die Erben der Frau könne das dem Manne nicht geben, da dies gar kein obligatoriſcher Vertrag ſey (quae nullo modo debentur). Ferner auch, ſagt derſelbe Kaiſer in L. 34. C. de transact., wenn die Abſicht auf einen obligatoriſchen Vertrag gerichtet war, indem man ſich die Erbſchaft vom Erblaſſer ſtipulirte, ſo ſey doch ein ſolches Angelöbniß (*pollicitatio* propriae hereditatis) ohne alle bindende Kraft. In dieſer letzten Conſtitution iſt wohl nicht eigentlich von einem wahren Erbvertrage die Rede, ſondern es wurde wohl nur an eine Obligatio gedacht, die über den Tod hinausreichen, und den Erben in ähnlicher Art wie beim Fideicommiß nöthigen ſollte, die Erbſchaft herauszugeben, dem Erblaſſer aber doch ſchon augenblicklich dem Effect nach die Freiheit zu teſtiren benehmen ſollte: freilich ein juriſtiſches Unding. Endlich ſollte auch ein Erbvertrag, den man dem Effect nach beabſichtigt, nicht durch eine Privatſtrafe erzwun-

gen werden können. Stipulatio hoc modo concepta, ſagt Julian L. 62. D. de V. O., «si heredem me non feceris, tantum dare spondes«? inutilis est, quia *contra bonos mores* est haec stipulatio; deswegen nämlich gegen die guten Sitten, weil ſie die Unabhängigkeit eines Teſtators durch Zwang aufheben wollte.

3. Die ſchlechteſte Erklärung, welche aber lange herrſchend geweſen, iſt die, daß die Giftmiſcher und Meuchelmörder, die zur Zeit des Sittenverderbniſſes in Rom ſo häufig geworden, dies Recht hervorgebracht haben, und daß alſo die Unſittlichkeit eines Erbvertrages ſchon an ſich angenommen wurde, weil man dabei eine ſolche Abſicht präſumirte, (die guten Sitten wären hier alſo erſt durch die böſen Sitten in den Vorgrund gekommen). Dies würde geſchichtlich vorausſetzen, daß in der guten Zeit der Römer, die ſie doch bekanntlich gehabt haben, wo der Meuchelmord bei ihnen nicht an der Tagesordnung war, aus der freilich aber die obigen Texte nicht herſtammen, daß da, ſage ich, entweder der Erbvertrag müſſe gegolten haben, — und das iſt gewiß nicht der Fall geweſen — oder daß er aus andern Gründen damals nicht gegolten habe, und da wären wir denn mit unſrer Erklärung nicht viel weiter gekommen. Aber was ſollte uns denn bewegen, für die juriſtiſch-klaſſiſche Zeit und ſo weiter einen ſo ſonderbaren Grund, nicht der Entſtehung, denn dieſe fällt gewiß früher, ſondern auch nur der Fortdauer dieſes Rechts anzunehmen? Man hat ſich dieſe Vermuthung aus ein Paar Stellen des Juſtinianiſchen Codex[1]) und einigen Zeugniſſen römiſcher Satyren- und Anecdotenſchreiber andrer Schriftſteller über beſonders ruchloſe Fälle der Giftmiſcherei und Erbſchaftsfängerei zuſammengeſetzt.[2]) Die letzteren kann man gern auf ihrem Werthe beruhen laſſen, und auch annehmen, daß ſie wirklich ein herrſchendes und durchgängiges Verderbniß dieſer

1) L. 11. C. de transact. L. ult. C. de pretis.
2) Leyser spec. 43. m. 1. 2.

Art bei den Römern der ſpätern und ſpäteſten Zeit darſtellen wollten. Die Conſtitutionen reden aber gar nicht von einem Erbvertrage im wahren Sinne, ſondern von einem Vertrage über die Erbſchaft eines Dritten bei ſeinen Lebzeiten. Dies iſt zwar ein Vertrag über eine Erbſchaft, d. h. einen Nachlaß, aber keiner über die Beerbung, und derſelbe hat, wie wir unten ſehn werden, eine ganz andre Natur, und auch andre Regeln im römiſchen Recht. Sagen wir nur dieſes voraus: wenn man über den Nachlaß eines noch Lebenden contrahirt, ohne deſſen Wiſſen und Willen, ſo ſetzt das gemeiniglich eine eigne Betriebſamkeit voraus, wobei der baldige Tod des andern, nach dem man Verlangen hat, in Rechnung gebracht wird, (captandae mortis votum improbabile [3]), in böſen Zeiten kann man dabei auch leicht Böſes vermuthen, und der Geſetzgeber durch gänzliches Verbot der Gefahr ſolcher «pactiones odiosae et plenae tristissimi et pericolosi eventus« vorbeugen wollen; auf allen Fall ſind ſie faſt immer hinter dem Rücken des künftigen Erblaſſers eingegangen niederträchtig und beleidigend für dieſen, und alſo gegen die gute Sitte. Daher wird es denn auch, wie wir noch unten ſehn werden, nicht nur mit Ungültigkeit, ſondern auch noch mit einer gewiſſen Privatſtrafe belegt. Dagegen iſt es gar nicht an ſich unſittlich oder nur unanſtändig und beleidigend, ſich von jemanden ſelbſt ſeine Erbſchaft ſchon gegenwärtig durch Vertrag zuſichern zu laſſen, und war dies wahrhaft die Abſicht, und er iſt ein Mann von Wort, ſo wird er ſeiner Zuſage nachkommen, ſo gut das nach dem Recht geſchehen kann. Es kann aber, wie bei den Römern, Volksanſicht ſeyn, daß dies nicht erzwungen werden dürfe. Iſt es das nicht, ſo iſt auch nicht recht abzuſehen, welche beſondre Gefahr durch die Gültigkeit des Erbvertrags für das

3) „Improbus est„, ſagt Julian einmal in einer etwas andern Beziehung, qui sollicitus est de vivi hereditate L. 2. §. 2. D. de vulg. substit. Vgl. L. 27. §. 4. D. ad Sct. Trebell.

Leben des Erblaſſers entſtehen könnte? Schon Andre haben es bemerkt, was ſo nahe liegt, daß die geſetzliche Erbfolge dieſelbe Gefahr erregt. Ja, wird man ſagen, der Inteſtaterbe kann nicht wiſſen, ob nicht ein Teſtament noch im Hintergrunde iſt, dann iſt er vergeblich ein Mörder geworden. Aber einmal angenommen, daß ein Erbvertrag als unwiderruflich volle Gültigkeit hat, ſo kann der Erbfänger ja eben ſo wenig wiſſen, ob nicht ein früherer Erbvertrag im Verborgenen liegt, ja, wenn wie bei uns jetzt ein Erbvertrag ohne alle Form gilt, ſo iſt das noch viel leichter möglich, als daß ein ſolennes Teſtament vor 7 Zeugen oder vor Gericht vollzogen, verſchwiegen bleibe, — und da hatte jener wieder ſeine edle Bemühung umſonſt angewandt.[4]). Endlich iſt auch, wie Leyſer a. a. O. bemerkt, die Legitima von dem Teſtament unabhängig, und wenn man einmal ſo feſt in dem Glauben an die Verruchtheit der Römer iſt, wie jene Schriftſteller, ſo muß man die Gefahr auch bei den nahen Perſonen gelten laſſen, die auf den Pflichttheil ein unabänderliches Recht haben. Ein ſolcher Erklärungsgrund iſt wie eine taube Nuß, es iſt kein Grund, er ſieht nur ſo aus. Und warum ſollen wir denn den Römern eine ſolche Schwäche im Urtheile zutrauen, da es uns doch ſonſt genugſam bekannt iſt, daß ſie einigen Verſtand in juriſtiſchen Dingen beſaßen? Freilich wenn ſie es uns ſelbſt ſagten, ſo wäre das anders, aber ſie ſagen es uns nicht, und geſetzt, jene Conſtitutionen ſprächen, wie ſie nicht ſprechen, ſo könnten die Kaiſer Valerian und Juſtinian doch nur über den Verſtand ihrer Zeit Zeugniß ablegen. Es kommt zwar in einer klaſſiſchen Stelle[5]), und wiederum in einer Conſtitution von Conſtantin[6]) vor,

4) Freilich, einem ganz zuverläſſigen Manne wird man es wohl zutrauen, daß er nicht einen Erbvertrag auf den andern ſetzen werde, aber es iſt nicht der Buben Art, honette Leute für ſo durchaus redlich und zuverläſſig zu halten, da ſie in ihrer eignen Bruſt dazu kein Motiv haben, und nun vollends in einer durchaus verderbten Zeit!

5) L. 29. §. 2. D. de donat.

6) L. 2 C. Theodos. famil. herciſc.

daß Verfügungen und Vereinbarungen über die Erbschaft eines lebenden Dritten contra bonos mores wären, und ein Gleiches wird nach dem Obigen in Beziehung auf Erbverträge geäußert; aber wer wird es leugnen, daß zwei Dinge aus ganz verschiedenen Gründen und in ganz verschiedenen Beziehungen den guten Sitten entgegen seyn können, also auch der Vertrag über die fremde Erbschaft schon als That für sich, der Erbvertrag dagegen nur in so fern als er erzwungen werden könnte und in Beziehung auf öffentliches Recht und gemeine Freiheit nach der Volksansicht? Im Papian [7]) wird freilich beides einmal zusammengefaßt:

> De successione viventium *sua vel aliena* neminem pacisci posse, nec huiusmodi scripturam nomen pacti legibus vindicare, secundum legem Gregoriani et Hermogeniani.

In den auf uns gekommenen Fragmenten der beiden Codices findet sich dieses nicht [8]). Für beide Verträge, die das allerdings mit einander gemein haben, daß sie einen Nachlaß betreffen, so verschieden sie auch sonst selbst in Hinsicht des nächsten Objects sind, gilt freilich nach römischen Recht das Gleiche, daß sie nicht einmal den Namen eines Pactum verdienen, da man doch bei diesem Worte an irgend eine Rechtswirkung zu denken pflegt. Indeß bei dem Pactum de aliena hereditate muß dieß doch noch näher bestimmt und beschränkt werden, das Letztere wenigstens nach Justinians L. ult. C. de pactis [9]). Aber auch hier wieder gilt: zwei Geschäfte können beide absolut nichtig seyn, aber jedes aus einem ganz verschiedenen Grunde. —

4. Das Bisherige betrifft bloß den acquisitiven Erbvertrag (Einsetzung durch Vertrag), wie ist es aber mit dem renunciativen (Enterbung durch Vertrag)? Daß auch dieser

7) Lex rom. Burg. bei Schulting Tit. 37., b. Barkow Tit. 38.
8) S. Barkow's Note zu diesen Worten.
9) S. auch L. 2. C. Theod. cit. und unten Cap. 2.

nach röm. Recht ganz nichtig ſey, leidet gar keinen Zweifel; aber was konnte denn hier der Grund ſeyn? Wenn jemand ſich von dem Erblaſſer willig finden läßt, ſeine Erbſchaft aufzugeben, ſo daß er den Anſpruch, den er ſonſt gehabt haben würde, augenblicklich durch Vertrag einbüßt, ſo kann dieß doch nicht die Giftmiſcherei in Bewegung ſetzen. Es läßt ſich dieß, wie wir geſehen haben, ſehr gut denken, ohne daß es ſchon zum Vortheil eines beſtimmten Dritten geſchieht, immer würde doch auch der dadurch gewonnene Anſpruch dieſes Dritten noch von dem letzten Willen des Erblaſſers abhängig bleiben, falls nicht zugleich dieſer mit ihm einen Einſetzungsvertrag (acquiſ. E. V.) ſchließt, da denn aber nur in dieſem die Gefahr liegen könnte. Auch ein Vertrag des Begünſtigten mit dem ſich freiwillig Enterbenden darf hier durchaus nicht nothwendig gedacht werden. Die Römer ließen aber gewiß keinen Enterbungsvertrag zu. Dieß erklärt ſich denn nur aus der genauen und abſoluten Sonderung des teſtamentariſchen von dem geſetzlichen Erbrecht bei ihnen, wovon ſchon oben die Rede war. Das Teſtament enterbte ſtillſchweigends oder, wo es nöthig war, durch einſeitige Verfügung, und ein geſetzlicher Erbe konnte dabei nie vorkommen, als nur in ſo fern er das Teſtament umſtieß; in die geſetzliche Erbfolge durfte aber auch durch keine Privat-Verfügung, ſelbſt nicht durch einen Vertrag eingegriffen werden. In dieſer Art äußert ſich darüber Papinian in

L. 16. D. de suis. Pater instrumento dotali comprehendit, filiam ita dotem accepisse, ne quid aliud ex hereditate patris speraret. Eam scripturam *ius successionis non mutasse* constitit. Privatorum enim cautionem *Legum auctoritate* non censeri [10]).

10) Haloander's: privatorum enim cautione legum authoritati non noceri, iſt wohl ſicher nur eine bloße Conjectur, und die wahre Lesart hat den Sinn: eine Beliebung unter Privatperſonen kann nicht der auctoritas Legum gleich geſchätzt werden.

Und nicht anders Alexander Severus in

L. 3. C. de collat. Pactum dotali instrumento comprehensum, ut contenta dote, quae in matrimonio collocabatur, nullam ad bona paterna regressum haberet, *iuris auctoritate improbatur*, nec *intestato patri* succedere filia ea ratione prohibetur. Dotem sane, quam accepit, fratribus qui in potestate manserunt, conferre debet.

Vielleicht mochte es auch für einigermaßen unwürdig gehalten werden, wenn ein Römer oder eine Römerin sich so zwangsmäßig zum voraus von einem Erbrecht ausschlossen, was ihnen das Gesetz gewehrt hatte; und ob L. 4. C. d. inut. stipul. (von Diocletian) indem sie die guten Sitten der Gültigkeit entgegensetzt, den Enterbungsvertrag mitmeint, läßt sich nicht mit Bestimmtheit beurtheilen.

5. Unstreitig lag es also in einer eigenthümlichen Volksansicht, die den Zwang hier nicht dulden wollte, ohne deshalb das Worthalten auszuschließen oder die Vereinbarung selbst zu verbieten oder zu verpönen; daß sich diese aber durch alle Zeiten erhalten konnte, hatte gewiß auch darin seinen Grund, daß ihr Erbrecht, weder ursprünglich, noch in seinen Veränderungen ein besonderes Bedürfniß in sich trug, weswegen man den Erbverträgen überhaupt einen Zwang hätte beilegen sollen, wenn auch zuweilen einmal in einem besonderen Fall, wie z. B. nach dem obigen beim Dotal-Contract, ein Verlangen darnach entstehen mochte. Erst geraume Zeit nach Justinian kommt in einem Gesetz (Novella Leonis 19) etwas der Art zum Vorschein.

6. Ehe wir aber von dieser Novelle reden, wollen wir eine oft irrig angenommene Ausnahme, die in einer Constitution noch an der Grenze der klassischen Zeit sich finden soll, nämlich in L. 19. C. de pactis (von Diocletian u. Maxim.), untersuchen. Was dort behauptet wird, wird sogar wirklich aus dem klassischen Recht behauptet, nämlich es mußte gelten, seitdem es ein privilegirtes von allen Förmlichkeiten entbundenes

Teſtament der Soldaten gab, und das entſtand bekanntlich ſchon in der erſten Kaiſerzeit. Zwei Soldaten machen einen wechſelſeitigen Erbvertrag, ſie ſchließen einen Vertrag: wer den andern überlebt, der ſoll ſein Erbe ſeyn (ut is qui supervixerit, alterius bonis potiatur.) Das, ſagt der Kaiſer, würde nach gemeinem Recht nicht einmal als donatio mortis causa gelten können, obgleich eine Schrift darüber aufgefaßt war. Natürlich nicht, denn zu dieſer gehört, wie wir unten Cap. 3. ſehen werden, eine augenblickliche Uebertragung der Güter auf den Beſchenkten, oder wenigſtens eine Stipulation, durch die der Schenker augenblicklich Obligatus wurde, wenn auch widerruflich; dergleichen war aber nicht geſchehen, ſondern Schrift und Vertrag kamen in Betracht. Dennoch ſoll dieß Geſchäft gelten, aber wie? Gewiß nicht als Vertrag, ſondern als ein super ultimo vitae spiritu geſchloſſenes Geſchäft, und alſo: »vim *postremi iudicii* obtineat.« In dieſem Erbvertrag lag eine Erbeinſetzung, wie wir auch §. 1. angenommen haben; daß man ſich über dieſe vertragen hatte, war ganz gleichgültig, das konnte auch keinen binden, aber den andern zum Erben einſetzen, das hatte doch jeder gewollt, und jeder konnte dieß in beliebiger Form thun, daß ein Vertrag dabei vorgekommen, war ſo wenig hinderlich als bindend, auch der Wille war ausgeſprochen von beiden Seiten, und und daß er ſich vor dem Tode geändert hatte, war nicht zu erſehen, und ſo galt dieß als letzter Wille, der den Erbvertrag zwar im Begriff ausſchließt, aber in der Wirklichkeit damit verbunden ſeyn kann. So viel iſt aber gewiß, was nur als letzter Wille gilt kann nicht als gegenwärtiger, als Erbvertrag gelten. Folglich war ein Erbvertrag unter milites nach römiſchem Recht eben ſo wenig wirkſam als außerdem.

7. Sehen wir nun auf die Leoniſche Novelle, ſo iſt dieſe bekanntlich, ſo wie die übrigen Leon. Novellen, bei uns nicht recipirt, und es möchte noch ſehr zu bezweifeln ſeyn, ob ſie

ungeachtet der vielen Declamationen, die ſie enthält, auch im Orient auf die Dauer die Rechtsübung geändert habe; aber davon abgeſehen, bezieht ſie ſich auch nur auf einen ganz beſondern Fall, nämlich den, da ein Vater ſeinem Sohne gleichen Theil mit ſeinen Geſchwiſtern durch Pactum zugeſichert hatte, was ſich, meint Leo, ohnehin ſo gebühre. Und wenn das Kaiſer ſich auch hier, ſo gut wie nur die neuern Germaniſten es in der Lehre von den Erbverträgen oft gethan haben, in allgemeine Aeußerungen über die Unwürdigkeit, ſich ſein Wort gereuen zu laſſen, und ſeinen Vertrag zu brechen, und über die Ziemlichkeit, vielmehr bei ſeinem Wort zu verharren und Treu und Glauben zu halten — verläuft, ſo war es doch gewiß ſeine Abſicht nicht, ſolche Gemeinplätze in Zwangsrecht zu verwandeln, auch nur in beſonderer Beziehung auf Gültigkeit aller und jeder Erbverträge.

Dieß iſt denn aber auch die einzige höchſt beſchränkte Ausnahme die in einem römiſchen Geſetz vorkommt [11]).

§. 3.

Gültigkeit der Erbverträge nach teutſchem Recht.

1. Daß nach teutſchem Recht in grabem Gegenſatz vom römiſchen Recht die Erbverträge Gültigkeit haben, d. h. mit

11) Man hat noch wohl gemeint, das ſ. g. n. Fideicommissum heredi praesenti iniunctum nach L. ult. C. de Fideicommissis ſey doch ein reſtitutiver Erbvertrag, nämlich nach der obigen Bezeichnung ein Fideicommiß durch Vertrag mit dem Erben geſchloſſen. Allein damit verhält es ſich ſehr ähnlich wie mit jenem Teſtament der beiden Soldaten. Es kann hier freilich ſehr leicht ein Verſprechen vorkommen, daß man das auch wirklich ausführen wolle, was der Erblaſſer uns ſelbſt als ſeinen Willen zu erkennen gibt, und das alles bedarf dann weiter keiner Form. Allein dieſe Zuſicherung iſt gleichgültig, da alles Gewicht auf das bloße Wiſſen des Erben, das Erfahren unmittelbar vom Erblaſſer gelegt wird. Er muß es ſchwören können, daß er nicht auf dieſe Weiſe Kunde davon hat, wenn er wegen fehlender Form die Erfüllung ablehnen will. An ſeiner Einwilligung liegt nichts. Es läßt ſich denken, daß der Erblaſſer ihm bloß eine Schrift übergab, mit dem Bedeuten, hierin iſt etwas an dich, oder

einem Rechtszwange verbunden ſind, iſt in Aller Mund; doch verlohnt es ſich noch immer der Mühe zu fragen, worin hat das ſeine Urſache? Daß man dieß der Geſchichte abzufragen habe, leidet wohl keinen Zweifel, aber zu der neuern Geſchichte dieſes Rechts gehören auch Irrthümer, die in der Theorie Eingang gefunden haben, nicht bloß zur Litterärgeſchichte deſſelben, denn wenn dieſe angenommenen Vorſtellungen auch nicht, wie man zum Theil geglaubt hat, die erſte Entſtehung erklären, ſo erklären ſie doch die Erweiterung und Ausbreitung des Inſtituts. Franzöſiſche Rechtsgelehrte haben geſagt[12]), der Erbvertrag iſt une ouvrage de notre jurisprudence. Das können wir auch ſagen, und von einer Seite angeſehen noch mit mehrerm Recht als ſie, ohne daß wir eben Urſache haben, darauf ſtolz zu ſeyn. Wer einige Beleſenheit in franzöſiſchen Schriften über dieſe Materie hat[13]), wird nicht zweifeln, daß ſie die erſten Begriffe und Grundſätze mit ihren Folgen conſequent und mit vielem Geſchmack entwickelt und mit großem Geſchick, auf einzelne beſonders

etwas was du als mein Erbe zu befolgen haſt. Aber auch wo er es mündlich ausſpricht, da ſchadet es nicht, daß der Erbe ſich ſtumm verhielt. Ja Remonſtrationen oder durch Gebehrde zu erkennen gegebener Unwille des Erben würden das formloſe Fideicommiß nicht unwirkſamer machen.

12) Merlin Repertoire v. Institution contract. p. 249. col. c. med.

13) Ich muß es, gewiß nicht zu meinem Ruhme, bekennen, daß die meinige im übrigen bis jetzt nicht ſehr groß iſt, doch theile ich dieſe Vernachläſſigung wohl mit den mehrſten meiner Landsleute, und es wird mir Vergnügen machen, das Verſäumte nachzuholen. Man darf aber auch nur die Artikel in Merlin's Reperloire universel de jurisprudence und ſeinen Questions de droit, die hiervon und von verwandten Materien handeln, durchſehn und man wird es ſich abgewöhnen, ſich auf den Vorzug teutſcher Gründlichkeit zu viel einzubilden. Daß ich aber deshalb noch kein unbedingter Lobredner der franzöſiſchen Behandlung dieſes Rechts bin, werden mehrere Bemerkungen zeigen, wozu ich im Verfolg Gelegenheit erhalten werde. Die Franzoſen haben eine herrliche Tradition über juriſtiſche Dinge, die nicht zu Grunde gehn kann, dabei ungemein viel theoretiſchen und praktiſchen Verſtand, der durch Eleganz der Darſtellung ohne unnützen Prunk und Klarheit der Diction nur noch unterſtützt wird. Es wäre ihnen aber zu rathen, daß ſie wieder anfingen, das *corpus iuris romani* ſo fleißig zu ſtudiren, wie im ſechszehnten Jahrhundert ihre großen Juriſten, und die

ſchwierige Fälle angewandt, und an dieſen demonſtrirt haben. Jene Irrthümer haben ſie aber mit unſern Germaniſten gemein, ja ſie haben noch wohl welche hinzugethan. Aber merkwürdig iſt, daß ein ſchiefes Raiſonnement über die tiefer liegenden Gründe jener Gültigkeit ſie nicht über die Grenzen ihres heimiſchen Rechtsgebrauchs hinausgeführt hat, ſtatt daß bei uns jene falſchen Grundanſichten gewiß viel mit Urſache geweſen ſind, daß wir darin alles verſtändige Maaß überſchritten haben. Indeß auf der andern Seite verhilft dieß auch wieder der nun ganz durchführbaren Theorie zu einer gewiſſen Vollkommenheit, und ſo können wir noch in einem vorzüglichen Sinne ſagen, daß der Erbvertrag, ſo wie er nun in unſerm practiſchen Recht gewehrt iſt, ein Werk unſrer Doctrin ſey.

2. Die Unterſuchungen über die urſprüngliche Gültigkeit und die Erhaltung und weitere Ausbildung des Erbvertrags im Zwangsrecht haben im Grunde noch wenig Ausbeute gewährt, obgleich ſie in neueſter Zeit aufgefriſcht, und diesmal mit mehr Talent und mit reinerem hiſtoriſchen Sinn unternommen werden ſind. So viel können aber dieſe immer nützen, um vor den gröbſten Irrthümern über den eigentlichen Grund der Gültigkeit zu bewahren. Die Urkunden der früheſten Zeit darüber ſind äußerſt ärmlich, und ungemein ſchwer zu verſtehen. Aber auch die der mittlern Zeit gewähren nicht gar zu viel Aufklärung. In der neueſten Zeit iſt es freilich nicht mehr zu verkennen, daß der Erbvertrag ganz und gar

Rechtsgeſchichte ſo fleißig zu benutzen, wie es vorzüglich ihr Cujaz gethan hat. Bei uns zu Hauſe will es aber das Anſehn gewinnen, als wenn ſich mit größerm Fleiß in dieſen Punkten, und einer emſigeren Gelehrſamkeit noch nicht allein ausreichen läßt, und wir können uns bei unſern ſonſtigen Gebrechen gratuliren, daß es bei ihnen kaum darnach ausſieht, als wollten ſie zu jenen guten Eigenſchaften auch noch den hiſtoriſchen Fleiß hinzufügen. Indeß wer die Wiſſenſchaft liebt, wird wünſchen, daß ein tüchtiger Wetteifer beide Theile dahin führe, ſich gegenſeitig grade in dm dieſſeits mangelhaften Partieen zum Muſter zu nehmen.

in das Zwangsrecht hineingezogen worden ist. Ueber das Letztere ist es hier gar nicht der Ort, die Belege zu sammeln, es ist das eine allgemein anerkannte Sache; aber auch die frühere Geschichte des Instituts können wir hier nicht einer gründlichen Nachforschung unterwerfen. Wir wollen nur den Ganz skizziren, den das vermuthlich genommen hat; jedoch das Haupsächlichste, so weit es zu unserm Zweck dienen kann, soll genauer untersucht werden.

3. Ein Grundirrthum war es, wenn man die rechtliche Wirksamkeit der Erbverträge aus der Treue der Teutschen und ihrer sittlichen Neigung Wort zu halten ableitete. Man hat auch die Klagbarkeit aller obligatorischen Verträge ohne besondre Form und Causa daraus abgeleitet, indem man das freie Worthalten mit dem erzwungenen für eins hielt. Wer sein Wort gern hält, will darum noch nicht durch die Gerichte gezwungen seyn, wenn er einmal seinen Sinn geändert hat; wenn er einmal ein rasches oder gutmüthiges Wort sprach, ohne die Absicht sich zu binden; wenn diese Absicht wenigsten zweifelhaft ist, und er sich bewußt ist, daß er sich nur verredet hat. Ja es kann Volkssinn seyn, in vielen Fällen lieber ein Märtyrer seines Worts zu werden, als auch nur scheinbar die Treue zu brechen, ohne daß nur irgend daraus eine Neigung folgt, sich deshalb dem gerichtlichen Zwange und dem Privatzeugniß andrer vor Gericht zu unterwerfen. Daß diese Folgerung für obligatorische Verträge ganz irrig sey, und daß sich geschichtlich bei unsern alten Vorfahren das Gegentheil darthun lasse, habe ich schon an einem andern Ort [14]) nachgewiesen, und ließe sich leicht noch weiter nachweisen, z B. durch die so oft in alten teutschen Statuten in so mannigfaltiger Weise vorkommende constitutorische (dem Vertrag erst bindende Kraft

14) Zeitschrift f gesch. Rechtswissenschaft. Bd. I. Abh. II. S. 26. ꝛc. ꝛc. Berlin 1815. — Wer nur nicht grade glaubt, daß der Sachsenspiegel nichts als dem Sächsischen Stamme eigenthümliches Recht enthält, der wird sich leicht davon überzeugen können.

verleihende) Arrha. Bei den Erbverträgen hat dieß noch eine ganz andere Gestalt. Hier ist keine Obligatio, sondern eine Erbeinsetzung oder eine Enterbung, und es fragt sich nicht bloß, ist der Erblasser daran gebunden, sondern auch sind dritte Personen, die ihr Wort nicht gegeben haben, nämlich die natürlichen Erben, die nächsten Blutsverwandten daran gebunden? So wie man dort den Irrthum aus dem Sachsenspiegel [15]) bewähren wollte, der ihn grade als Irrthum darstellt, indem er jeden außergerichtlichen Contract sogar abzuschwören gestattet, ohne daß ein Beweis etwas dagegen vermag; so hat man sich hier auf den Tacitus berufen [16]), den man doch viel eher für das Gegentheil anführen könnte. Grade das Capitel 20 der Germania hätte doch bedenklich machen sollen. Tacitus sagt, die Germanen haben kein Testament, sondern entweder ihre Kinder sind ihre Erben, oder ihre übrigen nächsten Blutsfreunde. Es kam ihm gewiß nicht darauf an, zu dociren, daß sie kein römisches Testament hatten. Der Erbvertrag wäre ein teutsches Testament gewesen. Das Wesen auch des römischen Testaments war doch die Erbeinsetzung, und diese mußte in der Verbindung Tacitus in Gedanken haben. In diesem Sinne kann man mit Recht sagen: der Erbvertrag im engsten Sinn (der universelle), ist ein Testament durch Vertrag. Darin liegt kein Widerspruch, wie Manche besorgt haben [17]). Nur nach römisch streng juristischer Vorstellung könnte er darin liegen, da grade nach ihrem Recht der Contract mit der Erb-

15) Sachsensp. I. 7. 18.

16) Die Redensarten sind hier oft kräftig und zierlich gewählt, z. B. Wolpmann D. inaug. de vera indole testam. conjug. reciproci, Altorf. 1746. drückt dieß so aus: nullos mortalium armis aut fide esse ante Germanos, *invitis dentibus* concedit Tacitus Annal. XIII. 54. Germ. c. 20., und hieraus und aus der Parömie: »ein Wort, ein Wort; ein Mann, ein Mann« wird die Erzwingbarkeit aller Verträge und somit aller Erbverträge, die unter den weiten Hut der klagbaren Verträge mitgebracht werden, erklärt.

17) *Merlin* Repertoire Institution contractuelle p. 248. (troisième édition.)

einsetzung nichts zu thun hatte [18]). Für Tacitus der die Sache geschichtlich ansah, wäre das eine bornirte Vorstellung gewesen (man denke nur daran, wie er von der teutschen Dos spricht); wäre er einen Erbvertrag bei den Germanen gewahr geworden [19]), so hätte er sicherlich bemerkt, sie machten ihr Testament durch Vertrag. Wie er es aber auch ausgedrückt haben mögte, verschwiegen hätte er es gewiß nicht, denn vom Testament spricht er hier ja nur deswegen, um anzudeuten, daß die natürlichsten Erben, die Blutsverwandten immer die Erbschaft bekamen; daß das Familienband so fest und eng war, daß sich das von selbst verstand, als unabänderliche Nothwendigkeit, wie das auch die Verbindung mit c. 21 ausweist. Freilich aus der Unbekanntschaft des römischen Geschichtschreibers mit der Sache, folgt noch nicht, daß die Sache nicht existirte; nur so viel dürfte sich wohl gleich schließen lassen, da Tacitus mit den Rechtssitten der Germanen doch nicht bloß oberflächlich bekannt war, daß der Erbvertrag selten bei ihnen vorkommen mußte. Und hierzu stimmt nun auch die nächste Folgezeit und wirklich auch die Natur der Sache, wenn man nur etwas weiter darüber nachdenkt.

4. Legen wir erst einmal Testament und Erbvertrag zusammen, und entkleiden das Wesen der Sache, was beide gemein haben, von allem Zufälligen der Form und Materie, so kommt alles darauf an: es soll jemand nicht bloß bei seinen Lebzeiten Veränderungen mit seinem Vermögen vornehmen können, sondern er soll auch noch über seinen Tod hinaus ein Gesetz machen können, was aus dem Vermögen werden soll, welches ihm noch bei seinem Tode gehörte, und welches durch diesen Tod seinen Herrn verliert: er soll gleichsam noch herrschen wenn er nicht mehr Herr ist. Ob dieß

18) L. 20. D de V. S.

19) Eichhorn T. Staats- und Rechtsgeschichte Bd. I. §. 19. not. f. macht darauf aufmerksam, daß Tacitus auch vom Erbvertrage nichts wisse.

natürlich oder unnatürlich ist (es wird wohl natürlich seyn, da es sich durchweg bei cultivirten Völkern findet, und die Cultur dem Menschen selbst natürlich ist), ob es schon naturrechtlich begründet ist oder nicht, das wollen wir dahin gestellt seyn lassen, wir wollen hier nur nach den Hindernissen fragen, die das bei einem Volke haben kann. Deren gibt es drei: 1. der Staat will von einer Beerbung gar nichts wissen, er nimmt das Vermögen nach dem Tode des Eigenthümers zu sich, etwa nur den Kindern desselben läßt er es. Daß es so bei den ältesten Germanen gewesen, wird niemand behaupten. Das Recht des Fiscus, selbst auf den erbloſen Nachlaß, zu dem es keine Verwandten gab, ist unstreitig spätern Ursprungs, und schon aus dem römischen Recht entlehnt. Oder 2. der Nachlaß wird als bonum vacans behandelt. Dieß auch nur als temporären Zustand gedacht, wie man es bei der alten Usucapio pro herede [20]) der Römer bis auf einen gewissen Punkt denken kann, fand gewiß niemals bei den Germanen Statt; kein Unbefugter durfte ungestraft in die Familien-Beerbung eingreifen, viel weniger durch wissentlich angemaaßten Besitz der Erbschaftsstücke sich Rechte erwerben. Oder endlich 3. die nächsten Blutsverwandte, Kinder u. s. w. dürfen es nicht leiden, daß in die natürliche Ordnung der Erbfolge, wie sie das Volksrecht gewehrt, ein Fremder oder auch nur ein entfernterer Verwandte, sey er auch durch den Willen dessen, dem das Vermögen bis zu seinem Tode gehörte, eingedrängt werde. Dieß läßt sich denken absolut und allgemein, oder beschränkt und nur für gewisse besonders wichtige Vermögenstheile. Dieß letzte Hinderniß ist es was Tacitus a. a. O. bezeichnet, und was er absolut und allgemein von den Germanen behauptet. Gesetzt aber, er habe es bloß in Beziehung auf letzten Willen, wie freilich der Römer für sein Recht genöthigt war dieß immer zu denken, gesagt, so ist doch schwer zu begreifen, das

20) Gaius Institut. II. 52. etc.

Hinderniß einmal zugegeben, wie es bei einem gegenwärtigen und unabänderlichen Willen, den der künftige Erblaſſer durch einen Vertrag geäußert hatte, weniger wirkſam und mächtig hätte ſeyn können. Hatten die alten Germanen etwa eine ſolche Achtung vor der Heiligkeit eines gegebenen Worts, daß ſie auch das Wort hielten, was ein Andrer, ohne ihr Zuthun, zu ihrem Schaden und nur zum Vortheil eines dritten gegeben hatte? Ich wäre doch neugierig, davon den Beweis zu ſehen. Die teutſche Familie die mit dem Verſtorbenen zu Schutz und Trutz wie verbrüdert und verſchworen war, die ihm ſein Vermögen mit ſeiner Perſon verbürgt hatte, ſollte es ſich denn haben gefallen laſſen, daß ein Fremder nun nach ſeinem Tode, wo dem Todten dieß ſelbſt nicht mehr nützen konnte, mit deſſen Vermögen davon gienge, und dieß nur weil der Verſtorbene ihm ſein Wort gegeben, und damit die Treue nicht gebrochen würde. Der Verſtorbene kann nicht mehr Wort halten, aber ſeine Verwandten ſollen es an ſeiner Stelle, und wenn ſie dadurch auch ſtillſchweigend enterbt ſind, und aller Güter-Nexus dadurch unter ihnen aufgelößt iſt. Ich ſollte meinen, dieſe Vorſtellung wäre nicht viel natürlicher, als die des indiſchen Rechts, wornach der Verſtorbene noch im Himmel ſitzt, und den Zepter führt über ſeinen irdiſchen Nachlaß.

5. Durch dieſe Ueberlegung, ſollte ich meinen, gewinnt die Darſtellung des Tacitus, im vollerem Sinne verſtanden, ſehr an Wahrſcheinlichkeit. Und ich glaube auch keinesweges, daß man die Unzuläſſigkeit des Teſtaments im weitern Sinne bloß aus der Unſtatthaftigkeit der Veräußerung der Grundſtücke, ohne der Erben Einwilligung, und ſo weit dieſe ſich für die älteſte Zeit behaupten läßt, abzuleiten habe. Es iſt doch immer ein beträchtlicher Unterſchied, ob man ſeine Verwandten indirect dadurch enterbt, daß man ſeine Güter veräußert, indem man ſich von dem Gelde gütlich thut, oder einem dringenden Bedürfniß abhilft; daß das jeder möglichſt

frei thun könne, daran muß der Familie ſelbſt liegen, und von beweglicher Habe galt das gewiß auch im älteſten german. Recht unbedingt [21]), oder ob man ohne eignen Nutzen nur zum Vortheil eines Fremden, oder der doch mit ſeinem Erbenſpruch noch zu früh kommt, und nur zum Schaden der Perſonen, die ihm die theuerſten ſeyn ſollten und die ſo indirect enterbt werden, noch über ſeinen Tod hinaus ſein Vermögen vergabt und verſchleudert, mag es nun Geld, mag es Grundſtück, mag es andres Gut ſeyn, was man ſo dem Unrechten zuwendet. So muß man ſich aber ja die Sache denken, wo ein geheiligtes und unabänderliches Anrecht der Familie am Nachlaß im Volke anerkannt iſt.

6. Ich glaube daher, daß man nicht ganz unſicher geht, wenn man mit Rückſicht auf Tacitus Zeugniß, dem doch einiger Glaube zu ſchenken iſt, die Unzuläſſigkeit, und wenigſtens Zwangloſigkeit der Erbverträge ſo gut wie der Teſtamente als Regel zur hiſtoriſchen Grundlage macht, und nur die Möglichkeit einzelner Ausnahmen, wo Noth und Bedürfniß darauf führte, zugibt, Ausnahmen, die ſich aber nicht beſtimmter erkennen laſſen, weil Tacitus und alle Zeugniſſe jener Zeit darüber ſtillſchweigen. Wenigſtens aber glauben wir ſo viel dargethan zu haben, daß nach Tacitus nicht die Fides Germanorum exactissima auf die Gültigkeit der Erbverträge führen konnte. [22]).

21) Selbſt Schenkungen unter Lebenden erwerben dem Schenkenden Freunde und beleben die ſchon vorhandene Freundſchaft, auch gewähren ſie ihm die Freude, daß er den ihm Ergebenen die Wohlthat genießen ſieht.

22) Man könnte denken, daß hier zu viel Worte verſchwendet worden, an eine alte Meinung, die ſchon keinen Cours mehr habe; allein theils wirkt dergleichen zu Zeiten doch immer noch nach, und es iſt nicht zu ermeſſen, wie tief in gewiſſen Gemüthern, die doch zuweilen noch den Ton angeben mögten, alte Vorurtheile Wurzel geſchlagen haben, theils iſt unſre Zeit reich an neuen Erfindungen, die mitunter nichts weiter ſind als ein neu gekleideter alter Irrthum. Man darf alſo, wo es am Ort iſt, ſich keine Mühe verdrießen laſſen, um ein in Jahrhunderten herrſchendes Vorurtheil wo möglich ganz und für immer zu verbannen.

7. Gehen wir nun in die nächste Folgezeit, die Zeit der Geſetzbücher der einzelnen germaniſchen Völkerſtämme ein, ſo werden wir das Geſagte hier eher beſtätigt als widerlegt finden. Dabei darf denn hier ſo wenig als anderswo vergeſſen werden, daß wir von keinem derſelben mit Gewißheit wiſſen, daß das was wir jetzt beſitzen ganz und gar urſprünglicher unveränderter Text iſt, daß vielmehr von den meiſten das Gegentheil gewiß iſt. So erwünſcht für unſre obige Behauptung die bekannte Stelle in der L. Saxon. tit. 15 c. 2.

Nulli liceat traditionem hereditatis suae facere praeter ad Ecclesiam vel Regi, ut heredem suum exheredem faciat,

wäre, wenn ſie nur wirklich von Enterbung durch Teſtament oder Erbvertrag ſpräche, denn das praeter Ecclesiam vel Regi iſt ſicher Zuſatz aus Karl des Großen Zeit, und da wäre das Uebrige denn ächt altes Recht; ſo kann ich doch nicht anders als meiner alten Meinung getreu bleiben, daß hier von Veräußerung eines Grundſtücks (eines Eigen im Sinne des Sachſenſpiegels, eines Erbe im Sinne des Schwabenſpiegels[23]) die Rede iſt, was ſchon oberflächlich durch die Verbindung mit Cap. 3.:

nisi forte famis necessitate coactus, ut ab illo, qui hoc acceperit sustentetur, *mancipia liceat illi dare ac vendere*,

23) Wenn man hinter sustentetur ein Punktum ſetzt, ſo mögte der Sinn ſich verbeſſern. Nach meiner Auslegung heißt haeres da der Verwandte, welcher grade ſein Anrecht an dem Grundſtück hat, hereditas das dieſem Anrecht unterworfene Grundſtück, und exheredem facere ihn um dieſes Anrecht bringen. In welchem Sinn z. B. auch exheredare in Lud. pii cap. a. 1816 c. 7. vorkommt. Denſelben Sinn hat ferner hereditas in L. Saxon. tit. 17. Liber homo — in exilium missus — si *hereditatem* suam *necessitate coactus* vendere voluerit, offerat eam primo proximo suo, si ille emere noluerit — vendet eam, cuicumque voluerit. Nur in einem ganz uneigentlichem Sinn kann man diß Vorkaufsrecht nennen; es iſt vielmehr ein Anbietungsrecht des gegenwärtigen Eigenthümers für den Fall der Noth, um ſich die Veräußerung gegen das Anrecht des nächſten Erben frei zu machen, das außer dem Nothfall ſeine volle Wirkung äußern würde. Bekanntlich iſt nach dem Sachſenſp. I. 52. dieſes Anrecht noch in höchſter Kraft vorhanden, und ich trage kein Bedenken, die Ausnahme der Noth auch hier zu ſubintelligiren. (Vgl.

ſich ausweiſt. Dagegen ſprechen die, auch ſchon längſt für den älteſten Erbvertrag angeführten, Stellen der beiden fränkiſchen Geſetzbücher, welche ausdrücklich die Veräußerung der Erbgüter ohne Einwilligung der Erben verbieten. Ich habe mich ſchon früher darüber erklärt, daß ich dieſe Stellen nicht für ſo ſtreng halte, als ſie gewöhnlich genommen werden. Ich habe auf die Verſchiedenheit der Ausdrücke aufmerkſam gemacht, womit die Geſetzbücher die Veräußerung bezeichnen, und auf die Verſchiedenheit der Fälle, worauf ſie ſich beziehen. Ich habe auf die Verſchiedenheit der Zeiten hingewieſen, in welchen ſie abgefaßt ſind, und auf die Verſchiedenheit der Stämme, für welche ſie beſtimmt ſind. Ich habe auf die Verſchiedenheit der Ausdrücke aufmerkſam gemacht, womit ſie die Erben

kiſchen Geſetzbücher [24]) ſicherlich von dem Vermögen und der Erbſchaft im Ganzen. So viel ſieht man gleich, daß an einen gemeinen Erbvertrag, der durch nudus consensus ge-

Verfahren bei der Chrenecrude in der Lex Sal. tit. 61. c. 1. 2. Ein Nebenbeweis in Lex Aleman. tit. 84. — Allerdings nach Lex Saxon. tit. 15. c. 1. traditiones et venditiones omnes *legitimae* stabiles permaneant, d. h. die nach Volksrecht geſchehen ſind, und das konnte nicht ohne der Erben Einwilligung vollzogen werden, wie gleich die beiden folgenden c. 2 und 3. ausſprechen. S. im Text. — Vgl. Eichhorn St. u. R. G. §. 57. §. 68. n. 1. §. 53. not. a.

24) *Lex Sal. tit.* 49. De adframire. Hoc convenit observare ut Tunginus aut centenarius Mallum indicent. — — postea *in ipso mallo* requirant hominem, *qui ei non pertinet*, et sic fistucam in laisam iactet, et ipse in cuius laisam fistucam iactaverit, dicat verbum *de fortuna sua*, quantum ei voluerit dare, aut si *totam* aut si *mediam* fortunam suam cui voluerit dare. Postea ipse, in cuius laisam fistucam iactavit, in casa ipsius manere debet, et hospites tres suscipere, et de facultate sua quantum ei datur, in potestate sua habere debet. Et postea ipse cui creditum est, omnia cum testibus collectis ista agere debet, *et sic postea ante Regem aut in mallo legitimo*, illi, *cui fortunam suam deputaverit*, reddere debet, et accipiat fistucam in mallo ipso. Et ipsum, *quem heredem deputavit ante XII mnses*, in laisio suo iactet nec miuus nec maius, nisi quantum ei creditum est. *Et si contra hoc aliquid dicere voluerit*, tres testes habere debet, qui lurati dicunt, quod ibi fuerint *in mallo*, *quod Tunginus aut centenarius indixerunt*. Et quomodo vidissent bominem illum, quod fortunam suam donavit (al. dedit) in laiso illius quem lam *elegérat* fistucam iactare. et dominare (nominare) debent qui fistucam in laisum iactet, et non illum in cuius laisum fistucam iactavit, *et illum quem heredem appellavit*. Similiter nominent alii testes iurati, et dicant, quod in casa illius, *qui fortunam suam donavit*, illi (ille) in cuius laisam fistucam iactavit, ibidem mansisset, et hospites tres vel amplius collegisset et pavisset, et ei ibidem gratias egissent. — — Ista omnia alii tres testes iurati dicere debent, quoniam *in Mallo legitimo* vel ante Regem — — — — fortunam iliam, *qua heredem eum appellavit, publice coram omnibus hominibus* fistucam in laisam ipse iactasset: *et haec omnia novem testes debent affirmare.*

Lex Ripuarior. tit. 48. De homine qui sine heredibus moritur. Si quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit, *omnem facultatem suam* in praesentia Regis, sive vir mulieri, vel mulier viro, seu *cuicunque libet* de proximis vel *extraneis*, *adoptare in hereditatem* vel adfatimi (Her. adfatinnire) *per scripturarum seriem* seu *per traditionem*, et testibus adhibitis, secundum legem Ripuariam licentiam habeat.

Tit. 49. Quodsi adfatimus fuerit inter virum et mulierem, post discessum amborum ad legitimos heredes revertatur, nisi tantum, qui parem suum supervixerit, in eleemosyna vel in sua necessitate expenderit.

ſchloſſen wird, hier nicht zu denken iſt. Es kommt hier eine Tradition, es kommen hier wiederholte Feierlichkeiten und ſymboliſche Handlungen vor, die als wahre Requiſite erſcheinen, damit der Eine Erbe des Andern werde. Damit aber auch kann man dem Erbvertrage nicht aus dem Wege gehn, daß man ſagt, es ſey hier eine Adoptio geſchehen [25]). In gewiſſem Sinn geſchah hier wohl eine Adoptio, nämlich wie es in dem Ripuariſchen Geſetz heißt, eine Adoptio in hereditatem (die Juſtinianiſche Adoptio minus plena iſt auch nicht viel was Andres), aber eine Annahme an Kindes Statt, auch abgeſehen von aller römiſchen potestas, tritt hier wenigſtens nicht als das zunächſt Bewirkte hervor. Alle ſymboliſchen Handlungen die hier geſchehen deuten unmittelbar auf Vermögen: das Reis, (festuca), welches zugeworfen wird ſtellt offenbar das Gut vor, was ihm dermaleinſt werden ſoll, es ſoll ihm jetzt ſchon überantwortet werden, zum Zeichen daß er künftig deſſen Herr ſeyn ſoll; er nimmt die Gäſte auf in das Wohnhaus ſeines Erblaſſers, er tractirt ſie dort, ſie bedanken ſich bei ihm, doch mag dieß zugleich wohl auf eine perſönliche Hausverbindung, wie zwiſchen Vater und Sohn, deuten; indeß die Hauptſache iſt, daß er Gewalt über das Gut ſchon ausübt (»de facultate sua quantum ei datur in facultate sua habere debet«), da dieß aber nur vorübergehend iſt, ſo iſt hier, wenn ich nicht irre, noch an keine Aufnahme in ein eigentliches Geſammteigenthum [26]) zu denken. In dem Saliſchen Verfahren kommen drei Akte vor, jeder immer vor drei aufgerufenen Zeugen, (testes rogati) der erſte in einem öffentlich-feierlichen gebotenen Gericht, der zweite

Capit. 4. *a.* 803 *sive de Lege Ripuariense.* c. 7. *Qui filios non habuerit et alium quemlibet heredem facere sibi voluerit*, coram Rege vel Comite et Scabiniis, vel missis dominicis, qui tunc ad iustitias faciendas in provincia fuerint ordinati, *traditionem faciat.*

25) Merlin Repertoire. Instit. contract. p. 246.

26) Wann dieß zuerſt ſich findet, und wie es mit dem Erbvertrage zuſammenhängt, wollen wir hier nicht unterſuchen, da es uns zu weit führen würde, und unſerm gegenwärtigen Zwecke fremd iſt.

zu Hause mit einem Gastmahl, der dritte zwölf Monat später als der erste, in einem ungebotenen Gastgericht, (der König ist hier eingeschoben). Da wird noch einmal die erste Feierlichkeit wiederholt. Dieß und die Zwischenzeit, welche den auch in andern Fällen bekannten fränkischen Verschweigungs-Termin von zwölf Monaten [27]) umfaßt, zeigt deutlich, daß die natürlichen Erben ein Widerspruchsrecht ausüben konnten, wenn solche da waren, und keine magna et iustissima causa zu einer solchen sie enterbenden Einsetzung vorhanden war. War denn nun das ein Erbvertrag, was hier geschafft wurde? Ich glaube nicht, obgleich auch kein Letzter-Wille, und doch eine Erbeinsetzung, wie es mehrmals heißt: »heredem deputavit, nominavit,« und es ist hier vornämlich vom Vermögen als einem Ganzen, also von einer Art Universal-Succession (»totam aut mediam«) die Rede. Wäre es ein Erbvertrag, so müßte hier die Succession durch einen Vertrag begründet werden, aus diesem selbst hervorgehen. Allein nichts was da vorgeht, keines der Symbole deutet auf Vertrag, wie z. B. ein Zusammenschlagen der Hände thun würde, alles zeigt vielmehr nur Tradition an, die freilich immer ihren Vertrag mit sich führt, aber keinen Erbeinsetzungsvertrag. Auch die bedeutsamen Worte sind einseitig, der Testator spricht es aus (»dicat verbum de fortuna sua«), wer der Fremde ist, den er sich erwählt hat, und wie viel er ihm zugedacht. Von dessen Acceptation auch kein Wort, auch nichts von einem Versprechen oder Angelöbniß, wo die Acceptation sich von selbst verstanden hätte. Auch in den Wiederholungen, wie die Zeugen aussagen sollten, zeigt sich nichts dergleichen. Er empfängt zwar die Festuca, aber damit empfängt er den Besitz. Freilich geschieht das alles nach Verabredung, aber Verabredung ist noch kein Vertrag, und was nach Uebereinkunft geschieht nicht allemal ein Contract. Sonst hätte das alte Co-

27) Z. B. L. Sal. tit. 47. c. 4. vgl. mit Cap. III. a. 819. c. 9.

mitien-Teſtament, bei dem der Erbe ſelbſt erſchien, auch ein Erbvertrag ſeyn müſſen, und das Mancipations-Teſtament, ſo lange es noch keinen repräſentirenden familiae emptor gab [28]), ebenfalls. So war es alſo hier wie dort der bloße Wille des Teſtators, der den Fremden zum Erben machte, man könnte alſo mit Recht das Geſchäft ein Teutſches Teſtament nennen. Und doch iſt es kein Letzter-Wille wie das römiſche Teſtament es immer war. Wäre z. B. das in der Volksverſammlung (in den comitiis calatis oder in procincta) errichtete Teſtament unwiderruflich geweſen, ſo wäre es weder letzter Wille noch Erbvertrag geweſen, denn auf den neuen Willen bis zum Tode kam dann nichts an. So iſt es hier, denn nun iſt es mit der einmal beſchloſſenen Beerbung ſtät und feſt, und will es Einer anfechten („et si contra hoc aliquid dicere voluerit"), ſo überführen ihn die neun Zeugen eines Anderen. Woher kommt denn aber dieſe Stätigkeit und Gebundenheit, als aus einem Contract? Daraus daß man man überhaupt nicht den Erben der es nach Volksrecht iſt, weder den zugeborenen, noch den ſo durch adoptio gewonnenen, ohne die triftigſten Gründe enterben darf, ohne daß er darüber gehört wird, ohne daß im Fall ſeines Widerſpruchs darüber von der Volksgemeinde Urtheil gefunden und geſprochen wird.

8. Was waren das denn nun aber für trifftigſte Gründe (magnae et probabiles causae)? Einen giebt der Ripuariſche Text an: Es hatte Jemand keine Kinder und auch keine Hoffnung, welche zu bekommen, (daß dies gemeint iſt, zeigt ſchon die Ueberſchrift). Hatte Jemand z. B. eine unfruchtbare Frau [29]), ſo hätte er ſich durch Scheidung und Heirath einer andern noch viele natürliche Erben verſchaffen können, die den übrigen Verwandten vorgingen, und ſo konnten dieſe am

28) Gaj. Instit II. 101 etc.

29) In L. Lang. II. 14. c. 13. werden beiſpielsweiſe als Gründe des Desperirens angeführt „senectus aut aliqua corporis infirmitas".

wenigſten dagegen haben, daß er ſeiner erſten Ehe getreu Einen, mogte er auch ein Fremder ſeyn (ein Verwandter konnte ſich ihm dazu nicht aufdrängen), in ein Kindes-Verhältniß zu ſich brachte, was ſich denn auch für das Vermögen äußerte. So war es hier denn aber doch eine wahre Adoptio? Das kann ſehr wohl ſeyn, und auch, daß man bei dem Text der Lex Salica an einen ſolchen Fall vorzüglich dachte, aber das Adoptiren war hier nur eine Thatſache, wogegen die Verwandten ohnehin kein Recht hatten, die aber als gültiges Motiv von Wichtigkeit war, um das, was allein als juriſtiſches Moment hervortritt, die Einkindung in die Erbſchaft, wenn ich es ſo ausdrücken darf, möglich zu machen. Daß die Ripuaria nicht bloß an Adoption dachte, ſieht man ja daraus, daß das Ehepaar in erbloſer Ehe ſelbſt vorkommt, als ſich wechſelſeitig oder einſeitig zum Erben ernennend («sive vir mulieri, vel mulier viro» vergl. nur ibid. tit. 4. supr. cit.), was denn aber nur bis zum Tode des Ueberlebenden wirkſam war. Ob dieſer Adoptirte aber wirklich nun auch ganz in die Familie eintrat, und darin die Rechte eines Zugebornen erhielt durch jenen feierlichen Ritus, der in der Lex. Ripuar. ſicher auch vorausgeſetzt wurde[30], ſo wie ein entgegengeſetzter in der Lex Sal. Tit. 63 die ganze Verbindung mit der Familie aufhob, wage ich nicht zu entſcheiden. Aber auf das Vermögen ſeines Teſtators bekam er nun gerade ſo viel Anrecht als ein angeborener Erbe[31], nicht mehr und nicht weniger.

30) Secundum Legem Ripuariam mußte dieß geſchehen; daher bemerkt auch Eichhorn a. a. O. §. 57. Not. h. in f. ſehr richtig: das Widerſpruchsrecht der Erben binnen einem Jahre darf nur nicht als ausgeſchloſſen betrachtet werden.

31) Lex Longobard. II. 15. Si quis res suas alii thingaverit, et dixerit in ipso thinx lidolaip (al. ladolaip), id est, quod in die obitus sui reliquerit, non dispergat ipsas res postea doloso animo, et fruatur eas cum ratione. Et si talis evenerit necessitas, ut *terram* cum mancipiis vendere, aut loco pignoris ponere debeat, aut sine mancipiis, dicat prius illi cui thingaverit: Ecce vides, quia necessitate compulsus, res istas volo dare aut vendere; Si tibi videtur subveni mihi, et res ipsas conserva in tuam proprietatem. Tunc si noluerit ei

Wurden dann aber ſpäter dem Teſtator wider Erwarten noch Söhne aus der Ehe geboren, ſo ging die Erbeinſetzung nach Lex Longob. L. 2. Tit. 14. c. 13. noch wieder zurück, in ſo weit nämlich, daß dieſe dem neuen Erben ſchlechterdings vorgezogen wurden.

9. Alſo es war hier immer eine Erbeinſetzung, die weder Erbvertrag, noch Letzter-Wille war. Dabei iſt aber nicht zu überſehen, daß ſchon in dem Cap. 48 der Ripuaria der Keim zur Verwandlung in einen Erbvertrag enthalten iſt. Es kommt da nämlich ſchon, gewiß als neuerer Zuſatz, eine series scripturarum (ſchriftlicher Aufſatz) als gleichbedeutend mit der ſymboliſchen Tradition vor, und da konnt' es nicht mehr weit ſeyn bis zum Teſtament (nach römiſcher Art, wenn auch nicht immer mit römiſchen Solennitäten) oder bis zum Erbvertrag, je nachdem man letzten oder gegenwärtigen Willen, und auf jeden Fall der Oeffentlichkeit überhoben ſeyn wollte. Nach dem Capit. 4. ad L. Ripuar. cit. wird denn außer dem Könige auch der Miſſus an die Stelle des Volksgerichts (Comes et Scabini) geſetzt, aber auch hier noch die Bedingung der Kinderloſigkeit, die Tradition und die Erbeinſetzung durch »heredem facere« deutlich bezeichnet.

10. Da die Kirche die Teſtamente mit allem was dahin gehörte, in ihren beſondern Schutz nahm[32]), ſo war es natürlich, daß ſolche Erbeinſetzungen bald in die Hände der Geiſt-

subvenire, quod alii dederit sit illi stabile et firmum qui acceperit. Auch hier wird bloß der Teſtator redend eingeführt, zuerſt bei der Ueberantwortung ſeines Vermögens auf den Todesfall, wie nachher bei der Ausübung des Anbietungsrechts im Nothfall, grade wie bei den ſonſtigen geſetzlichen Erben (ſ. oben Not. 23) Statt fand: Grundſtücke (hereditates, hier terra, ſo wie im Thüring. Geſetzb. hereditas terrae) dürfen außer dieſem Fall gar nicht ohne Einwilligung der Erben die nach der Regel willkührlich verſagt werden konnte, verkauft oder verpfändet, fahrende Habe nur nicht dolos, gerade deswegen, um den Erben darum zu bringen, weggegeben und verſchwendet, alſo auch nicht vermacht werden. Auch das Letztere galt gewiß allgemein für jegliche Erben, nur mogte man hier aus factiſchen Gründen nicht ſo geneigt ſeyn, einen Dolus anzunehmen, als bei einem urſprünglich Fremden.

32) Eichhorn St. u. R. G. §. 184.

lichen kamen, und die Urkunden von ihnen verfaßt wurden. Daß man daraus auch mitunter einen bindenden Erbvertrag zu machen ſuchte, wo es anging und zum Zweck führte*), ſo bindend, wie jene ſolennen Inſtitutionen, läßt ſich vermuthen. Oft mogte das ſchwer zu unterſcheiden ſeyn, und vielleicht ward es mit Fleiß nicht gar zu beſtimmt ausgeſprochen. Die Rechte der nächſten Erben hatte man, ſelbſt noch in der Karolinger Zeit [33]), viel zu ſehr zu ſchonen, als daß freier Erbvertrag oder freies Teſtament auf Koſten dieſer hätte gelten können. Man blieb bei den kleinſten Veränderungen ſtehen, deren ſich die Kirche gerne annahm: Voraus eines Kindes [34]), gleiches Erbrecht der Töchter mit den Söhnen im Landeigenthum [35]), Repräſentationsrecht der Enkel [36]); daß man das auch zuweilen durch Verträge mit den Betheiligten zu befeſtigen ſuchte, iſt nicht unwahrſcheinlich, wenn auch nach canoniſchem Recht dieß nicht nöthig ſcheinen mogte: das waren denn aber Verzichte auf das Volksrecht, alſo Enterbungsverträge, die mit Einſetzungsverträgen oder Teſtament verbunden werden konnten. Die in den Urkunden angedrohten Strafen, wenn Einer es wagte zu widerſprechen, halfen gewiß nicht aus. Bei Markulf II. 13. finden wir eine Art Alimentencontract mit einem Bruder, der doch in der Rubrik homo in loco filiorum adoptatus [37]) genannt wird, verbunden mit einer unwiderruflichen

*) Wo das Recht eines geſetzlichen Erben gegen die freie Teſtamentifaction des R. R. befeſtigt werden ſollte, mogte das nicht der Fall ſeyn.

33) Lud. pii Cap. a. 816. c. 7. Statutum est, ut nullus quilibet ecclesiasticus ab his personis res deinceps accipere praesumat, quarum liberi *aut propinqui* hac inconsulta oblatione possint rerum propriarum *exheredari*. Man ſehe aber dagegen Cap. 1. a. 819. c. 6.

34) Marculfi form. II. 11.

35) Marculf. l. c. n. 12.

36) Marculf. ibid. n. 10.

37) Denn Kinderloſigkeit wird hier ebenfalls vorausgeſetzt, wie auch in Lex Baiuvar. XIV. 9. 3. In der letzten Stelle wird Testamentum der Donatio entgegengeſetzt, wie ſchriftliche Vollziehung der Vollziehung durch Tradition. — Daß man ſich auf ſolche Weiſe ſchon früher ſeinen Unterhalt im Alter oder bei Schwächlichkeit vertragsmäßig verſchaffen konnte, wird durch die Lex Sax. XV. 3. ſehr wahrſcheinlich, obgleich dort bloß von dem Haupttheil des Vermögens

Erbeinſetzung (gewiß auch wieder keine eigentlich juriſtiſche Adoptio), hier nun per scripturarum seriem: hanc epistolam fieri decrevi, ut neque ego, nec nullus de heredibus meis, aut quicunque *hanc convenientiam* inter nos factam emutare non possit, alſo wirklich Erbvertrag, wenn gleich durch eine einſeitige Erklärung, (wie die Police bei einer Aſſecuranz) ausgeſtellt. Die Sachen waren hier aber alle ſchon übergeben, für deren Genuß die Alimente gereicht werden ſollten, ſo daß hier ſchwer zwiſchen Schenkung Todes halber und anticipirter Beerbung aus Vertrag zu unterſcheiden ſeyn mögte. Ob die wechſelſeitigen Verleihungen eines Uſusfructus an den Ueberlebenden der beiden Ehegatten in den Urkunden bei Markulf II. 7. 8. wechſelſeitige Teſtamente (ultimae voluntates) oder Erbverträge [38]), oder Schenkungen Todes halber, ob ſie eine univerſelle oder ſinguläre Succeſſion begründen ſollten, ob das »usufructuario ordine« ſo ſtreng zu nehmen, daß kein Eigenthum auf den Letztlebenden vorerſt überging, und dennoch, wie da ſteht, dieſer Uſufructuar die Macht haben ſollte, ad loca Sanctorum, für ihrer beider Seelenheil, zu ſchenken und alſo doch wohl Eigenthum zu übertragen, das er ſelbſt nicht hatte, und wie man ſich hier ſo aller Zeugen und Teſtamentsſolennien entübrigen konnte, ohne einen Einſpruch zu fürchten: darüber mögte wohl der Verfaſſer ſelbſt keine rechte Auskunft haben geben können; denn in dieſen Dingen waltete ganz freies Zuſtandsrecht, am Platze von Rechtsbegriffen, wie ſie die Erbſünde dem römiſchen Recht zugeführt hatte [39]); nur muß man Zuſtandsrecht nicht mit rechtlichen Zuſtänden verwechſeln, denn was insbeſondre die unregelmäßigen Schenkungen an Kirchen und Klöſter betrifft, ſo iſt es bekannt, daß ſich

die Rede iſt. S. ob. S. 174. Wo aber dadurch ein nächſter Verwandter enterbt werden ſollte, da leidet es keinen Zweifel, daß dieſer erſt gehört werden mußte, ob er auch ſelbſt einen ziemlichen Unterhalt gewähren wollte.

38) Vergl. L. Visigoth, V. 2. 6. prope fin.

39) Man verzeihe mir dieſen Scherz, und halte es mir zu gut, wenn mir die heutige Scheu etlicher geiſtreicher Männer vor ſtrengen Rechtsbegriffen zuweilen etwas abentheuerlich vorkommt.

der Erfolg des frommen Eifers nicht wohl immer nach dem Recht, ſondern oft nach der Zufälligkeit entſchied, ob derſelbe auch auf die Erben übergegangen war, und wenn nicht, ob ihre Waffen mächtig genug waren, der geiſtlichen Gewalt zu widerſtehen [40]). Was aber den Nießbrauch des überlebenden Ehegatten betrifft, ſo mogte man unter Umſtänden dieſen ſchon als etwas ſehr Natürliches anſehn, und auch abgeneigt ſeyn, ihn, da er auf einem Familienverhältniß beruhte, als eine gemeine Servitut zu betrachten. Eine genauere Beſtimmung und Sonderung aller hierbei in Betracht kommenden Verhältniſſe, und die dadurch gewonnene Herrſchaft des Gedankens über den Rechtsſtoff, würde der Sicherheit des Rechts in einer ſonſt gährenden Zeit nicht geſchadet haben; aber freilich dazu hatte man nicht Muße noch Mittel, noch waren die Köpfe dazu organiſirt: und ſo ſind wir auch weit entfernt, ſie in jene Zeit hinein zu tragen.

11. Das Reſultat, was wir hier aber brauchen, iſt, daß dieſen Zeitraum, bis über die Karolinger hinaus, im Ganzen angeſehn, die willkürlichen Erbeinſetzungen überhaupt erſtan nur in ſeltenen, und dann aber doch nur in beſondern Fällen gegen die Regel angewandt wurden, und daß wie die Teſtamente bei den mit den Römern in Verkehr ſtehenden Volksſtämmen Eingang fanden, dieſe hauptſächlich für fromme Zwecke, und ſolche einzelne Neuerungen angewandt wurden, welche die Geiſtlichkeit gerade begünſtigte: daß aber dieſes auch keinesweges ohne Widerſpruch blieb, wenn es zu ſehr gegen das Volksrecht verſtieß. Für die älteſte Zeit wird dadurch beſtätigt, daß damals ſolche Erbeinſetzungen entweder gar nicht (»nullum testamentum«) oder doch ſo ſelten vorkamen, daß Tacitus es füglich ignoriren konnte [41]).

12. Im Innern von Teutſchland, ſo weit als der Einfluß

40) S. z. B. den erſten Titel der Lex Baiuvar.

41) Im Weſentlichen ſtimmt ſchon hiermit die Darſtellung bei Heineccius Elem. iur. germ. II. 6. §. 158 überein, obgleich ihm die zu ſeiner Zeit herrſchenden Irrthümer nicht ganz fehlen, z. B. §. 146 ibid.

des römiſchen Rechts noch nicht reichte, finden wir noch im dreizehnten Jahrhundert das Recht der nächſten Erben, d. h. der nächſten Verwandten, auf den Nachlaß im Ganzen (einzelne Theile, wie Gerade und Heergewette konnten beſonders vererbt werden), und in dieſem auf das Eigen, welches auch unter Lebenden nicht ohne ihre Einwilligung verkauft oder verpfändet werden durfte, und auf welchem keine Schuld haftete, — in ſtrengſter Conſequenz [42]). Eigen mußte ordentlicher Weiſe vor Gericht verlaſſen werden, wenn ein Fremder das Eigenthum daran erlangen ſollte [43]), und da konnten denn die nächſten Erben ihren Widerſpruch einlegen, und wenn da kein zureichender Grund, wohin man ſicherlich eigentliche Noth, welcher die Erben nicht abhelfen wollten oder konnten, und auch wohl gewiß eine Leibzucht, welche nach Gebrauch und Umſtänden der künftigen Wittwe gebührte, rechnete, vorhanden war, ſo wurde von Richter und Schöffen die Veräußerung aberkannt. Bewegliches Gut (fahrende Habe, wohin auch transportable hölzerne Häuſer gezählt wurden) konnte man nur bei völliger Geſundheit und gehöriger Kör-

42) Sachſ. Sp. I. 52. Homeyer'ſche Ausg. S. 49. §. 1. Ane erven geſlof unde ane echt ding ne mut nieman ſin egen noch ſine lüde geven. — Gift het weder rechte ſunder erven gelof, die erve underwindes ſik mit ordelen, als of he dot ſi jene det dar gaf, ſo hes nicht geven ne mochte." §. 2. Alle varende have gift de man ane erven gelof in allen ſteden, unde let unde liet gut, al de wile he ſik ſo vermach, dat he begort mit eme ſverde unde mit eme ſcilde up en ors komen mag, von eme ſtene oder ſtocke, ener dum elne ho, ſunder mannes helpe — — — Svenne he diſſes nicht dun ne mach, ſo ne mach he geben noch laten noch lien, dar het jeneme mede geverne, de is na ſineme dode wardende is. Vergl. ibid. I. 6. §. 1. Hom. S. 21. Mit ſvelkeme gude de man beſtirft, dae het allet erve. §. 2. Sve ſo dat erve nimt, die ſal dur recht die ſcult gelden alſo vern, als it erve geweret an varender have.

43) Sachſenſp. I. 8. Homeyer S. 22. Svar man aver egen gift oder ſat, — — — des mut die richter ſelve ſevede ſogedane lüde de eme ordel vinden getüch ſin.

44) Sachſ. Sp. I. 21. Hom. S. 31. §. 1. Man mut ok wol vro wen geven egen to irme live mit erven gelove, ſvo jung ſe ſin, binnen deme gerichte dart egen inne leget, in iewelker ſtat, deſte dar koninges ban ſi.

verſtärke [45]) vergeben, wobei gewiß nur an Schenkung unter Lebenden (gemeine ſchlichte Gab) gedacht wurde. Gäbe es nun keine Stelle im Sachſenſpiegel, die von willkürlichen Erbeinſetzungen ſpräche, ſo könnte man doch mit Sicherheit vermuthen, daß dieſe nach dem gemeinen Recht, des nördlichen Teutſchlands wenigſtens, ſehr eingeſchränkt und keinesweges überhaupt gültig und frei waren. Nun finden wir aber, daß eine Erbſchaft »gelobt«, d. h. durch Verſprechen (Vertrag) zugeſichert werden konnte.

Sachſenſp. II. 30. Hom. S. 90. Sve ſo yme erve to ſeget nicht von ſibbe (Cod. Quedl. magn.) halven, denne von gelovedes halven, dat hebbe man vor unrecht; man ne moge getügen, dat dat gelovede vor gerichte geſtedeget ſi.

Und ſo auch umgekehrt, daß ſie »verlobt«, d. h. durch Verzicht (Vertrag) aufgegeben werden konnte:

Sachſenſp. I. 13. Hom. S. 25. 26. Nachdem in §. 1. geſagt worden: Kinder die von den Eltern mit deren Gut ausgeſondert worden, müßten dieß Gut in die väterliche oder mütterliche Erbſchaft conferiren; wird §. 2. ſo fortgefahren: Hadden awer ſe ir ervedelunge, daran verloft, der ſolen umberen, ſe ne unſegent uppen hilgen. Verlofden ſet aver vor gerichte, ſo mut mens ſe bat vertügen, den ſes unſcüldich muten werden [46])

Der letzte Artikel I. 13. ſpricht offenbar von einem wahren Enterbungsvertrag (renuntiativen Erbvertrag) zwiſchen den Eltern, welche die Kinder ausſteuerten, und dieſen Kindern geſchloſſen, wodurch denn von ſelbſt der Erbtheil der unausgeſonderten Kinder zunahm, ſo daß es eines Vertrags dieſer letzteren weder mit den Eltern (Einſetzungsvertrag), noch

45) Not. 42.

46) Vergl. Sachſ. Sp. I. 7., wornach jegliches Verſprechen („ſve icht borget oder lovet"), was nicht gerichtlich vollzogen iſt, abgeſchworen werden kann. S. oben. S. 168.

mit den andern Kindern (obligatorischer Vertrag über die Erbschaft des Dritten) bedurfte; und doch wird dieser Enterbungsvertrag als ein gemeiner obligatorischer Vertrag in so fern behandelt, daß eine gerichtliche Vollziehung und Beglaubigung ihn vollkommen gültig macht, der Mangel daran aber nur bewirkt, daß die Verlobung (Verzicht) abgeschworen werden kann. Denken wir uns nun einen Vertrag, der über die Erbschaft eines Dritten eingegangen würde, so könnte einer solchen Obligatio die gerichtliche Bestätigung unmöglich etwas anderes als die Beglaubigung hinzufügen, und so müßte, wenn diese etwas ausrichten könnte, es damit um so mehr eben so gehalten werden, wie in dem Falle des Art. I. 13. Es ist daher schon aus diesem sachlichen Grunde unbegreiflich wie Heineccius[47]) den erstерwähnten Artikel 30 B. 2. von einem Pactum de hereditate tertii verstehen konnte. Der dort beurtheilte Vertrag soll nämlich, wenn keine gerichtliche Bestätigung geschehen ist, ein Unrecht, also ganz nichtig seyn, statt daß der außergerichtliche obligatorische Vertrag ganz recht und bindend ist, sobald man die Handlung einer ernstlichen Verpflichtung nicht abschwören kann, man es also bekenntlich ist, daß man einen Contract privatim eingegangen sey. Es erklärt sich dieser Misgriff also nur aus der ganz irrigen Ansicht, von der in der Folge näher die Rede seyn wird, als seyen wahre Erbverträge auch obligatorischer Natur. Was für ein Vertrag ist denn aber gemeint? Ein Versprechen, im letzten Willen zum Erben einzusetzen, gewiß nicht, das könnte auch nur obligatorisch wirken, und von Testamenten weiß der Sachsenspiegel nichts. Es ist vielmehr eine Erbernennung selbst gemeint. Dazu stimmt schon besser der Anfang: »wer sich Erbe zusaget«, denn von dem, der bloß von dem Andern, welcher schon ge-

47) Elem. iur. Germ. II. 6. §. 159, nicht der von ihm angeführte Schilter Exerc. XXX. 61., denn dieser versteht den Artikel von einem Pactum hereditar. acquisitivum.

erbt hat, verlangt, daß er ihm sein Erbe herausgebe, weil er es ihm vielleicht vor dem Tode des Erblassers versprochen hat, würde das ein sehr unbequemer und unnatürlicher Ausdruck seyn. Es stimmt auch besser zu der Zusammenstellung mit einem Anspruch »von Sibbe halber,« zumal da die Sippschaft sich doch auch nach dem Erblasser richtet. Gelübde oder Gelöbniß heißt dann aber augenblicklich zusicherndes Versprechen, Zusage die keiner weitern Erfüllung bedarf, sondern gegenwärtige Ernennung ist, es wurde ihm die Erbschaft vom Erblasser zugesprochen, wie in dem oben commentirten C. 49. der Lex Salica. Dieß soll nun vor Gericht geschehen, und dort bestätigt, nicht bloß beglaubigt werden, sonst soll man es als ganz widerrechtlich und unkräftig behandeln. Daraus ergibt sich denn schon von selbst, daß dieß auf alle Weise in einer solchen Art geschehn mußte, daß kein rechtmäßiger Widerspruch eingelegt werden konnte und daß die Schöffen Urtheil finden konnten, es sey nach dem Recht, also auch dem Familienrecht gemäß geschehen. Was nun aber dazu nöthig war, das läßt sich nicht genau erkennen. Daß das Eigen auf diese Weise, über den Tod hinaus so wenig als unter Lebenden, ohne der Erben Einwilligung übertragen werden konnte, es mogte denn ein singulärer Ausnahmsfall seyn, wie z. B. ein Alimenten- oder Leibrenten-Vertrag, wenn der Erblasser sich nicht mehr selbst helfen konnte, die nächsten Verwandten ihm aber nicht beistanden, und daß sie auf jeden Fall gehört werden mußten, ist nicht zu bezweifeln. Daß aber auch über die fahrende Habe nicht willkürlich und ohne besondre Gründe durch Erbeinsetzung eines Fremden oder auch nur eines entfernteren Verwandten über den Tod hinaus verfügt werden konnte, läßt sich aus der obigen Beschränkung sogar der Schenkung unter Lebenden, und aus dem gänzlichen Stillschweigen des Sachsenspiegels über letztwillige Verfügungen (was ist in diesem Betracht für ein Unterschied zwischen diesen und

Erbverträgen?) mit groſser Wahrſcheinlichkeit ſchlieſsen. Näher läſst ſich aber die Grenze des rechtlich Möglichen nicht angeben, und vermuthen kann man nur, daſs auch hier Traditions-Feierlichkeiten geſchehen muſsten: es fehlt uns ja im Sachſenſpiegel ſogar die Angabe der Solemnitäten, die bei der gerichtlichen Verlaſſung eines verkauften Eigen gebräuchlich waren. Alſo darüber läſst ſich nichts genauer erkennen, und man kann nur gewiſs ſeyn, daſs man nicht geneigt war, eine ſolche Zuſprechung des Eigen zu gewähren.

13. Im Schwabenſpiegel finden ſich bekanntlich Verfügungen über Erbfolge, unter dem Namen Geſchäft, aber mehr römiſch als letzte Willen [48]), obgleich unter mancherlei Modificationen und Beſchränkungen, und ohne ausdrückliche Erforderung römiſcher Solemnitäten. Ueber Erbverträge wird man hier vergeblich nach Aufſchluſs ſuchen. Aber daſs das Recht der nächſten Erben hier nicht mehr in dem Grade Hinderniſs ſeyn konnte, läſst ſich wohl erkennen, denn es iſt überhaupt hier ſchon ſehr gemildert und und geſchwächt [49]).

14. Für beide Landrechte aber läſst ſich einſehen, daſs es an Erbverträgen in Heirathscontracten nicht ganz fehlen konnte, denn in beiden kommt bekanntlich eine Leibzucht (Nieſsbrauch fürs Leben) als Leibgedinge für die Wittwe, im Schwabenſpiegel ſogar ein vertragsmäſsiges Dotalitium, eine teutſche Donatio propter nuptias (Heimſteuer, oder Heimfahrt) vor [50]). Die nächſten Verwandten der Frau

48) Auch der Name deutet darauf, wenn man nämlich die ſüdteutſche Bedeutung von »ſchaffen, befehlen,« hier annimmt. Doch will ich nicht behaupten, daſs nicht auch Geſchäft und ſchaffen, demnächſt von Erbverträgen geſagt werden konnte.

49) Z. B. wird man gewahr, wenn man alles erwägt, daſs nach dem Schwabenſpiegel ſchon das Eigen (hier gewöhnlich Erbe genannt, das alte hereditas ſ. oben S. 174) in subsidium für die Schuld hafrete, ſ. z. B. Senkenb. c. 131. 302. 260. Wie es mit der directen Veräuſserung deſſelben ſtand, iſt nicht ganz klar. Daſs die nächſten Erben aber Widerſpruch einlegen konnten gegen willkürliche Erbeinſetzungen und Vermächtniſſe ſieht man aus c. 311.

50) Zeitſchr. f. geſch. R. W. B. 4. S. 81. 94. 95.

hatten die Pflicht dafür zu ſorgen, daß dergleichen wie es anſtändig war angelobt und ausgeſetzt wurde, und die des Mannes mußten gewiß zugezogen werden, konnten aber nicht willkürlich widerſprechen, ſondern mußten nach Sitte und Gebrauch ihre Einwilligung geben. Nur die Morgengabe bedurfte deren nicht, dieſe begrif aber nur bewegliches Gut und war Schenkung unter Lebenden [51]). Aber auch das Geding auf den Tod des Mannes kommt nur als eine Singularſucceſſion beſtimmend vor (Nießbrauch oder einzelne Sachen und Summen), alſo als Vertragsvermächtniß (ſingulärer Erbvertrag). Dem Beerbungsvertrag (univerſellen Erbvertrag) ſtand in dieſem Verhältniß zu ſehr das Eigen entgegen, wenn auch der Frau, und vielleicht umgekehrt einmal dem Mann (in den Spiegeln kommt dieß nicht vor) ein Nießbrauch des ganzen Nachlaſſes mogte ausgedungen werden können.

15. Eheſtiftungen und die damit ſo nahe zuſammenhängende Einkindſchaft waren auch ohne Zweifel unter Privatleuten die Hauptfälle, wo acquiſitive Erbverträge im weiteſten Sinn ſich in der Folgezeit immer mehr geltend machten, in Teutſchland wie in der weſtlichen Nachbarſchaft, in Frankreich und in den Niederlanden. In Frankreich iſt man dabei ſtehen geblieben, d. h., was die institution contractuelle betrifft, in Teutſchland und Belgien nicht. Ueberhaupt iſt die auf die Zeit der Entſtehung der Spiegel folgende die Entwickelungsperiode der Erbverträge geweſen [52]). Die urſprünglichen Hinderniſſe verſchwanden allmählich und es wuchſen auch immer mehr Fälle hinzu, wo ein Erbvertrag wahres practiſches Bedürfniß war. Haupthinderniß war früher das Recht der natürlichen Erben, nicht bloß auf das Eigen, ſondern auch auf den ganzen Nachlaß. Dieß Recht verlor allmählig hie und da, und zuletzt im Ganzen ſeine Stärke. In

51) Zeitſchr. f. geſch. R. W. a. a. O. S. 77—79.
52) Vgl. vorzüglich Eichhorn T. St. u. R. Geſch. §. 455.

dieſem Betracht kann man ſagen, daß das römiſche Recht durch ſeine Teſtamente auch den Erbverträgen Luft gemacht hat, obgleich es ſie ſelbſt verwarf, welches letztere denn aber auch in einzelnen Statuten, wenn auch nur in einzelnen, zu verſpüren iſt. Das fremde und das einheimiſche Recht miſchten und zerſetzten ſich hier grade nicht auf die erfreulichſte Weiſe. Die gerichtliche Beſtätigung, die man nun auch oft bei Teſtamenten, alſo bei Erbeinſetzungen überhaupt, erforderte, war ebenfalls noch eine Erſchwerung, und ſo auch die Form der Tradition, die man denn noch wohl mißverſtand, und ſie mit wirklicher Hingabe ins Eigenthum, ja wohl gar mit gemeiner Schenkung verwechſelte [53]; mit der römiſchen Donatio mortis causa war die Verwechſelung ohnehin faſt unvermeidlich, zumal bei ſo ſchwachen Begriffen. Schriftliche Aufſätze (»litterarum series«) mußten aber oft dieſelben Dienſte verrichten, und da man ſich hier nicht, wie doch nun bei Teſtamenten, wenn man ſie außergerichtlich verfaßte, an die römiſche Form (ſieben Zeugen u. ſ. w.) gebunden erachtete, ſo ward das monſtroſe Recht zur Welt gebracht, wo eine widerrufliche Erbeinſetzung die ſtrengſte Form, eine unwiderrufliche, die lareſte erfordert; über das alles kam man hinweg durch die enthuſiaſtiſche Vorſtellung von teutſcher Treue und der aus jedem Vertrage ja ſo natürlich und nothwendig entſtehenden Obligatio.

16. Das Verſchwinden des teutſchen Rechts der nächſten Erben, half erſt einer Art des Erbvertrages auf, nämlich den Erbernennungsverträgen. Dagegen mußte ihm eine andre Art zur Vergeltung neue Stärke verleihen gegen die Zudringlichkeit des römiſchen Rechts. So wie man zur Zeit der Markulfſchen Formeln den Töchtern und Enkeln zu mehr Erbrecht zu verhelfen ſuchte, als ſie nach dem Volksrecht hatten, und zwar durch Erbernennungen, auch wohl vertrags-

53) Vergleiche *Heineccius* Elem. iur. Germ. §. 165. mit Eichhorn a. a. O. §. 443. not. e.

mäßige, so stellte man nun dem römischen Recht, das in diesem Punkt schon durchgedrungen war, Töchterverzichte als vertragsmäßige Enterbungen entgegen, um das Gut mehr zusammen zu halten: während man am Ende überhaupt geneigt wurde, die Statute, die das gemeine teutsche Recht enthielten, fast nur wie singuläre Verfügungen gegen die Regel des gemeinen geschriebenen Reichsrechts (römisches und canonisches Recht), und also die darin vorhandenen Bestimmungen über Erbrecht wie Testamente gegen die Regel der ächten Intestaterbfolge zu betrachten [54]). Mit jenen renuntiativen Erbverträgen wurden denn aber begreiflich auch wohl acquisitive verbunden; und die eine Art zog die andere nach sich, und so konnten beide dazu gebraucht werden, das Anrecht der ge-

54) Wenn z. B. teutsche Juristen (wie *Heineccius* Elem. i. g. III. 6 §. 169. n. 7.) es zu den conservativen, d. h. den einen schon vorhandenen Erbanspruch nur befestigenden Erbverträgen rechneten, wenn man vertragsmäßig festsetzte, daß das Intestaterbrecht, welches eine Person nach römischen Recht gehabt haben würde, nach dem Statut aber nicht wirklich hatte, ihr zustehen sollte, so kann das nur aus dieser Ansicht entschuldigt werden, nach richtiger Ansicht ist das ein durchaus acquisitiver Erbvertrag, und das Erbrecht ein neu erworbenes. Selbst wenn man paciscirte, du sollst das Erbrecht haben, was nach römischem Recht in diesem Fall Statt findet, so würde der Erbanspruch nicht auf römischem Recht beruhen, sondern auf dem Erbvertrag und das römische Recht würde nur den Maaßstab hergeben. Ferner wenn Particularrechte, z. B. das Chursächsische (Haubold §. 320 — 322) das alte Recht des Mannes, den Mobiliar-Nachlaß der Frau ganz für sich zu nehmen, sonst im weitesten Umfange (Haubold §. 321) stehen lassen, es aber nur durch den Pflichttheil der Kinder beschränken, falls dieser nicht schon in den Immobilien ihnen gegeben ist; so ist das auf den ersten Blick zum Erstaunen, denn die legitima pars des römischen Rechts ist pars portionis ab intestato, nun haben aber nach dem Sachsenspiegel, der hier doch gelten soll, die Kinder gar kein Intestat-Erbrecht an dem beweglichen Nachlaß der Mutter, wenn der Vater noch am Leben ist; wie ist denn das zu rechnen? Dieß ließ sich nur so construiren, daß man die Vorschrift des gemeinen Rechts als die Regel betrachtete, gegen welche aber das Statut gleichsam für die Frau testirt hatte. Das sollte gelten, aber nur so weit der Pflichttheil des die regelmäßige Richtschnur enthaltenden Rechts nicht verletzt war. Dieß ist allerdings gegen die Natur des ganzen Verhältnisses des einheimischen zum fremden Recht, aber da hier doch eine legitima gelten soll — was auch allerdings nach den neuern Rechtszuständen sehr verständig ist — so bleibt nichts übrig, als sie von dem römischen Recht zu leihen.

ſetzlichen Erben, wo und ſo weit man es für dienlich hielt, anfzufriſchen. In den adlichen Familien bekanntlich ſetzte dasſelbe, was die Familienautonomie, auch die Erbverträge aller Art in Bewegung und Thätigkeit.

17. Aber auf der andern Seite hatte in der frühern Zeit dieſes Anrecht auch noch beſondern Einfluß auf die mehr um ſich greifenden Erbverträge, und dieſer Einfluß wirkte ſogar noch nach, wie das Anrecht ſelbſt ſchon gebrochen war. Wie wir geſehen haben (S. 179. 180), beruhte in alter Zeit die Unwiderruflichkeit der willkürlichen in einzelnen Nothfällen geſtatteten Erbeinſetzung eben auf dem Recht der nächſten Erben, dieſe ging denn aber weit über die Grenze der Unwiderruflichkeit, die jeder Erbvertrag ſeiner Natur nach als Regel mit ſich führt, hinaus und erſtreckte ſich auch auf Veräußerungen unter Lebenden, des Eigen unbedingt, der fahrenden Habe nur, wenn ſie in fraudem heredis geſchahen, wofür aber noch nicht jede Schenkung unter Lebenden zu halten war. Dieß theilte ſich anfangs dem Erbvertrage mit, wie auch aus franzöſiſchen Coutumes zu erſehen iſt [55]), ja man übertrieb es noch aus Mißverſtändniß, indem man ſogar alle Veräußerung auch beweglicher Sachen nach einem Erbernennungsvertrage dem Erblaſſer nicht mehr geſtattete. Der Sache angemeſſen war es gewiß, wo das Recht der nächſten Erben ſeine

55) *Merlin* Quest. de droit. Instit. contr. p. 139. c. 2. Vergl. p. 143. c. 2. und p. 144. „Mais bientot après les vrais principes l'emporterent.“ Für die neueſte Zeit iſt das richtig, aber für die frühere Zeit waren es wohl nicht ſo ganz die wahren Principien geweſen, nämlich nicht, was die Grundſtücke betraf. Dieß verdiente für jene frühern franzöſiſchen Inſtitute eine geſchichtliche Unterſuchung. Freilich wenn man — und dieß iſt es wogegen ſich Merlin in dem dort vorgelegten Fall erklärt — bei beweglichen Sachen oder bei Grundſtücken, ohne daß doch das Recht der nächſten Erben, Veräußerungen zu inhibiren, im allgemeinen anerkannt war, grade dem Vertragserben das Recht zugeſtand, die Handlungen ſeines noch lebenden Erblaſſers unter Controlle zu ſtellen, und ihm jede Veräußerung zu hemmen; ſo mußte das ein wunderliches Recht ſeyn. Doch läßt ſich das kaum vermuthen, daß es ſo zuſammenhing und ſich nur daher ſchrieb, wie Merlin meint, daß man in jenen Gegenden den Erbvertrag ſchlechthin als eine Donation entre vives anſah.

Kraft verloren hatte, vielmehr alle Veräußerungen, auch die der Grundstücke, unter Lebenden, ungeachtet des Erbvertrages, sobald sie nur nicht in fraudem pacti geschahen, zuzulassen.

18. Diese Consequenz machte sich denn auch endlich[56]) in Theorie wie in Praxis, auch in Frankreich, geltend. Aber merkwürdig bleibt immer, daß ungeachtet in dem letztern Lande in abstracto dieselben irrigen Gründe allgemeiner Gültigkeit der Erbverträge geltend gemacht worden sind, diese verkehrte Theorie doch dort nicht die Praxis beherrschen konnte. Ein irriger Begriff von römischer Donatio mortis causa, und eine ganz falsche Auslegung der L. 19. C. de pactis (s. oben S. 163 ꝛc.) auf die sich der Adel in der Qualität von Milites berufen konnte[57]), um seine Erbverträge gegen das jus commune romanorum zu sichern, obgleich in dieser Stelle durchaus kein privilegirter Erbvertrag enthalten ist[58])

56) Eichhorn a. a. O. §. 571.

57) Eichhorn §. 455. Not. L. Auch in *Merlin* Repertoire — Instit. contr. p. 246. 247. wird dieß als der erste Entstehungs- und Rechtfertigungsgrund der Gültigkeit der Erbverträge angegeben, und da begreift man nur nicht recht den tödtlichen Sprung, den das auf die Ehestiftungen der Bürgerlichen gemacht hat. Was dort über die Lex Ripuar. tit. 47 und das dazu gehörige Capitulare gesagt wird, ist ein seltsames Mißverständniß. p. 245 wird dagegen die L. 19. C. de pactis für bloße reglemens ab intestat ausgegeben: beinahe sollte es richtig seyn.

58) Die, auch in andern Materien so häufige Sucht, bekanntlich schon von den Glossatoren der Rechtsbücher bis zur höchsten Ungereimtheit getrieben, nachher aber nur mit mehr Mäßigung doch immer bis auf die neueste Zeit fortgesetzt, das einheimische Recht in dem römischen wiederzufinden, und ihm erst dadurch wahre Sanction zu gewähren, wenigstens es durch Analogien daraus zu verstärken, hat auch die Einkindschaft in eine Adoptio verwandelt, obgleich es sich bei dieser ähnlich verhielt, wie bei jener alten Erbeinsetzung der Lex Salica tit. 49 (oben S. 180). Ein Kindesverhältniß mit seinen natürlichen Folgen ward auch hier hervorgebracht, aber das ward als etwas Factisches sich selbst überlassen, das was juristisch hervortrat, war ein Beerbungsvertrag, der die Vor- und Nachkinder hinsichtlich ihrer Erbtheile gleich stellte. Daß die irrige Vorstellung auch noch in neuester Zeit zuweilen Beifall gefunden, lag meistens darin, daß man bemerkte, die Nachkinder und zuweilen auch die Vorkinder, nämlich wenn sie der Einkindung keine Opfer brachten, erhiel-

und endlich die nicht weniger irrige Anwendung der allgemeinen Klagbarkeit jedes Contracts auf die Erbverträge, halfen in Teutschland dazu, alle Erbverträge ohne Unterschied unter die Gewehr des Zwangsrechts zu stellen, ohne alle Form, zuletzt sogar ohne Schrift, wenn nur erweislich. Nicht so in Frankreich, wo man die rechtliche Wirksamkeit des Erbvertrages fortwährend auf die Ehestiftungen (contrat de mariage) beschränkt seyn ließ [59]).

ten nach heutigem Recht nur ein Intestaterbrecht mit Pflichttheil, und sich nicht denken konnte, daß der regelmäßig unwiderrufliche Erbvertrag ausnahmsweise die Widerruflichkeit ausdrücklich oder stillschweigends in sich selbst tragen könne.

59) In den Pays de coutumes, heißt es in Merlin Repert. Institut. contract. S. 246 ꝛc. sey die Erbeinsetzung, welche sich auf die neuen Ehegatten und ihre Kinder bezog, in den Ehestiftungen von jeher entschiedener Rechtsgebrauch gewesen, und in den pays de droit ecrit sey es von den Gerichtshöfen ebenfalls sehr begünstigt worden, und so sey es „la coutume générale de royaume" geworden, und „une constante et universelle Jurisprudence« habe die Gültigkeit eines solchen Erbvertrages anerkannt. Außer dem Heirathskontrakt, heißt es dann u. d. W. Success. future S. 484. Col. 1., habe sich dagegen das Verbot alles Erbvertrags im röm. Recht (der Vertrag über die Erbschaft eines Dritten wird mit hinein gestellt) als Regel geltend gemacht, es heiße nun auch im französ. Recht (S. 489.): „ce n'est point par les contrats, ce n'est que par des testamens, que l'on peut déranger l'ordre de Successions legitimes." Von dieser Regel werden indeß noch einzelne Ausnahmen mehr angeführt (Merlin J. C. S. 250 ꝛc.): 1) ein wechselseitiger Erbvertrag zwischen Sociis omnium bonorum, welcher dem Societäts-Contrakt einverleibt ist. In der L. 52. §. 9. D. pro socio (s. oben S. 157.) wird dieß gerade verworfen. Nach den Coutumes einzelner Gegenden galt es aber als Erbeinsetzung, die zwar nicht direct, aber doch indirect (Merl. p. 281. c. 2. m.) dadurch widerrufen werden konnte, daß man aus der Societät heraustrat. Sonderbar genug wird es dann (p. 250. Col. 2.) für das gemeine französische Recht daraus gerechtfertigt, daß es theils im Grunde nur ein jus non decrescendi, droit de non decroissement — (wie man wohl vom Gesammteigenthum bei uns gesagt hat), theils une remise gratuite des actions pro socio et communi dividundo (sic) sey. Nach dem Code N. kann das schon nicht seyn, denn dieser erlaubt die Societas universalis nur für die gegenwärtigen Güter Art. 1836. 1837. 2) Miterben machen bei der Theilung der ihnen schon angefallenen Erbschaft aus, daß wenn Einer von ihnen ohne Kinder sterben sollte, die auf seinen Antheil gefallenen Güter den Andern zufallen sollen. Auf diese Ausnahme wird weniger Gewicht gelegt, vergl. Success. fut. p. 490. m. Eine Institution contractuelle ist es nun einmal gar nicht, sondern wenn man es recht ansieht, ein Vermächtniß durch Vertrag. Aber es ist dieß in Zusammenhang

19. Wie dem aber auch seyn mag, die Gültigkeit der Erbverträge hier oder dort beruht nicht auf jenen Irrthümern, sonst hätte sie eine schwache Stütze; sondern auf einem entschiedenen gemeinen Rechts- und Gerichtsgebrauch, den jene Irrthümer nur mitsammt andern Veranlassungen und zum Theil wahrem Bedürfniß haben erzeugen helfen, und der in manchen Theilen Teutschlands schon durch Gesetze anerkannt, in wenigen nur dadurch besonders niedergeschlagen oder sehr eingeschränkt worden ist.

20. Fragt man nun noch nach der heut zu Tage zur Gültigkeit der Erbverträge erforderlichen Form; so kann wohl die historische Bemerkung nicht zureichen, um wenigstens eine Charte zu erfordern, daß ehemals oft eine Schrift die gerichtliche Bestätigung oder Beglaubigung (bei den renunciativen Erbverträgen machte ja auch der Mangel an dieser ursprünglich nicht einmal den Vertrag ungültig) ersetzen mußte, und daß sich das lange bis in die neuere Zeit erhielt; denn es kommt ja nur darauf an, was die neueste Zeit hierüber beschlossen hat, und da möchte es wohl durch die Erfahrung bestätigt werden, daß man schon allgemein in Teutschland gewöhnt ist, auch mündliche Erbverträge, universelle und singuläre, als erzwingbar anzusehn, wenn sie nur gewiß sind, und so den Erbvertrag für formlos zu halten, und

gesetzt (J. C. p. 251.) mit dem sonderbaren Irrthum der französischen Juristen, daß ein Erbvertrag über bestimmte Güter, z. B. auch über die Mobilien oder Immobilien, auch nach röm. Recht volle Wirksamkeit habe, was denn wieder auf einer Verwechslung mit einer Schenkung (unt. Lebend. oder Todes halber) beruht, wovon noch unten. — 3) anticipirte Theilung einer noch nicht angefallenen Erbschaft, was vollends nicht hierher gehört. So blieben nur der Heirathscontract und die universelle Societät, die Letztere aber als nicht so entschiedenes gemeines Recht übrig. Der Code N. hat Institution contractuelle nur für den Heirathscontract anerkannt. Art. 1082, aber unter dem Namen Donation, und zwar noch beschränkter, als sie vorher galt. Vorher konnten die neuen Ehegatten sich auch wechselseitig so bedenken, das sollte nicht seyn, nur die Eltern derselben oder irgend ein Dritter können es *Merlin* J. C. p. 256 vergl. p. 259. c. 2. n. IV. und *Toullier* le droit civil. T. V. p. 751. — Ob eine solche Ehestiftung gerichtliche Insinuation erforderte, war streitig *Merlin* J. C. p. 281.

Zeugen und Schrift nur, wo es der Gegentheil nicht ſelbſt bekennt, des Beweiſes wegen zu erfordern[60]). Gewiß iſt das kein gutes Recht, um ſo weniger, da Letzte Willen bei uns, privatim errichtet, an ſo ſtrenge Formen geknüpft ſind, um ſo weniger, da wir nun einmal dem möglichen Stoff nach dem Erbvertrage einen eben ſo großen Umfang als jenen gegeben haben: und dieſem Uebel würde ſich nicht einmal durch das Requiſit einer Charte abhelfen laſſen, es ſcheint nichts natürlicher, als alle Erbeinſetzungen und Enterbungen teſtamentariſche wie vertragsmäßige der Form nach einander völlig gleich zu ſetzen, wie ſie das jetzt nur bei gerichtlicher Vollziehung ſind, ja die Erbverträge könnten eher noch ein Solenne mehr als weniger vertragen. Aber wo nun einmal, wie jetzt noch in einem großen Theile von Teutſchland, der Erbvertrag ſo aus Rand und Band gewichen iſt, da giebt es nur ein Mittel, dieſes Uebel zu ſchwächen, es iſt das, was ich ſchon vor reichlich zehn Jahren an einem andern Orte[61]) in Beziehung

60) Daß das Canon. Recht c. 2. de pactis in 6to (I. 18) ſchon darin vorangegangen war, daß es einen beſchwornen Erbverzicht für gültig erklärt hatte, iſt bekannt. Er wird dort unter die allgemeine Regel, die auch von obligatoriſchen Verträgen nach dieſem Recht gilt, geſtellt.

61) Zeitſchr. f. geſch. R. W. B. I. S. 29. — Um das, was ich dort geſagt hatte, durch ein Beiſpiel zu erläutern, führe ich Folgendes an, was mir in Akten kürzlich vorgekommen iſt. Jemand hatte in ſeinem Hofe, nahe an der Grenze des Hofes ſeines Nachbarn, einen Schweinſtall bauen laſſen. Der Nachbar behauptete, er hätte wenigſtens 2 Fuß von der Grenze entfernt bleiben müſſen, das ſey ſo Gewohnheitsrecht am Ort. Beide Parteien waren zugegen, wie ein Bauverſtändiger, den ſie aber nicht zum Arbiter erkoren hatten, die Stelle privatim beſichtigte. Wie dieſer bei der Gelegenheit behauptete, mit dem Gewohnheitsrecht habe es ſeine Richtigkeit, äußerte der Bauherr: »wenn das iſt, ſo muß ich freilich meinen Bau etwas hineinrücken,« worauf der Andre entgegnete, das wolle er ja nur, damit ſey er zufrieden. Hier iſt eine Uebereinſtimmung, in gewiſſem Sinne auch eine Uebereinkunft: beide verlaſſen ſich dermalen auf das Wort des Dritten, daß das Recht ſo ſey und nicht anders, und darnach, denken ſie, ſoll nun die Aenderung mit dem Stalle vorgenommen werden. Nachher fand ſich, daß das Gewohnheitsrecht ſich gar nicht darthun ließ. War nun jene Uebereinkunft ſchon ein Vertrag und ein bindender? Zwei Urtheile bejaten dieß: er habe es einmal verſprochen, den Stall zwei Fuß einzurücken, und diß ſey acceptirt wor-

auf die Losgebundenheit der obligatoriſchen Verträge, und ihre ungezügelte Klagbarkeit, anrieth, oder vielmehr als Pflicht des verſtändigen Richters ausſprach, einen bindenden Vertrag niemals in reinem Zweifel, ſondern nur da anzunehmen, wo ſich juriſtiſche Gewißheit darüber erlangen läßt, daß Gebundenheit in der Abſicht lag. Das Band iſt hier freilich ein ganz andres, wie das bei den obligatoriſchen Verträgen, aber der Grund, alle Leichtfertigkeit zu verbannen, iſt ganz derſelbe. Daß ich die neueſten Schriftſteller über Teutſches Recht, namentlich Eichhorn, auch über dieſen Punkt mit mir in Einverſtändniß gefunden habe, iſt mir wahrhaft erfreulich geweſen. Nur wenig ſchützt es gegen den gerügten Fehler unſers Rechts, daß doch immer noch der geſunde Volksverſtand den Erbverträgen entgegenwirkt, indem ſie doch viel ſeltener eingegangen werden, als man denken ſollte, und ſich in der Wirklichkeit faſt noch immer auf gewiſſe Arten und Fälle beſchränken; dieſe ſind noch reichlich genug, um dem Volksſinne entgegenzuwirken, wenn ein durch ſteife Dogmen mehr als durch das Leben beſtimmtes Urtheil der Richter immer gleich bereit iſt, einen Erbvertrag in Zwang zu ſetzen, wo nur etwas ſich findet, was ſo ausſieht, und ſo dem Scheine zu dienen ſtatt der Wahrheit. Zunächſt dieſer allen anzurathenden Behutſamkeit[62]) läßt ſich am beſten dadurch helfen, daß man

den. Die dritte Inſtanz erkannte dagegen, und, wenn ich nicht irre, mit Recht. Möglich war allerdings ein ſolcher Sinn, daß man ſich nun bei dem Ausſpruche deſſen, der nicht Arbiter oder Richter war, beruhigen wollte, und daß man mit dem Entſchluſſe, es ſolle nun dabei bleiben, allem Hader ein Ende machen wollte. Möglich aber eben ſowohl, und den Umſtänden nach wahrſcheinlicher, daß der Bauende nichts anderes ſagen wollte, als: ich will zwar nicht einrücken, aber ich muß es wollen, da das Recht es will, und daß alſo in ſeinen Worten nichts Anderes als eine Reſignation wegen des vermeintlichen Rechts lag, und dieſe konnte nicht durch den Beifall des Andern, gleich wie durch einen Conſenſus, zu einem Contract gemacht werden, aus dem eine Klage zuſtand.

62) Vorzüglich betrift dieſe die acquiſitiven Erbverträge; aber auch hinſichtlich des renunciativen kann es zweifelhaft ſeyn,

das eigentliche Wesen des heutigen Erbvertrages genauer ins Auge faßt, ihn nicht weiter ausdehnt, als es auch noch so nothwendig ist, vielmehr die natürliche Grenze, welche hier zwischen dem römischen und teutschen Recht abzustecken ist, wohl bewahrt und festhält. Dazu werde ich versuchen in den folgenden Paragraphen Einiges beizutragen.

§. 4.

Heutiger Charakter des Erbvertrags, und Verhältniß desselben zu den gemeinen Contracten und der Schenkung.

1. Der heutige Charakter läßt sich im Allgemeinen aus dem Vorigen leicht abnehmen: Form, Zweck und Umstände sind gleichgültig, sobald man nur sich einig geworden, daß

ob man wirklich ernstlich habe verzichten wollen. Sodann kann auch in Facto ungewiß seyn, ob ein wahrer Enterbungsvertrag, oder nur ein obligatorischer Vertrag über die Erbschaft eines dritten mit Einwilligung desselben, in der Absicht lag, und da muß in reinem Zweifel die schwächste Wirkung, nämlich die obligatorische angenommen werden. Ein interessanter Fall der Art findet sich bei Merlin Repert. Renonciat. à une success. fut. Endlich kann auch noch die Frage seyn, ob mit einem entschiedenen Enterbungsvertrag auch noch ein bindender Einsetzungsvertrag, oder eine Obligatio zwischen dem Enterbten und dem Begünstigten, oder beides verbunden war, was denn eben im Zweifel nicht angenommen werden muß: In Frankreich vor der Revolution kamen die Töchterverzichte in den pays de non exclusion (wo sie nicht schon nach altfränkischen Recht von selbst ausgeschlossen waren) sehr häufig vor, und zwar nach dem droit commun im contrat de mariage in welchem den Töchtern denn eine mehr oder weniger bedeutende Abfindung ausgesetzt wurde. Merlin a. a. O. S. 34. Starb die Person, auf deren Erbschaft verzichtet war, nach geschlossenem Heirathscontract, aber noch vor der Heirath (célébration de mariage), so ward der Erbvertrag unwirksam. Auch war der Vater nicht daran gebunden, sondern konnte noch die Mädchen frei wieder zur Erbschaft rufen *Merlin* ibid. Hier scheint aber doch weniger ausgemacht gewesen zu seyn, daß der Erbvertrag auf Ehestiftungen beschränkt war. Das Schwankende scheint aber doch nur darin gelegen zu haben, das man den Enterbungsvertrag von dem Vertrag über die Erbschaft eines Dritten nicht rein unterschied. — Die Gesetzgebung der Revolution hob die Ausschließungen der Töchter ganz auf, auch für die pays d'exclusion Merlin a. a. O. S. 36. Und so sind sie auch im Cod. Nap. Art. 791. (vgl. Art. 1389) untersagt, nach dem Grundsatz, daß unter Kindern gleiche Theilung seyn müsse. Cod. Nap. suivi de l'exposé de motifs etc. T. V. p. 216.

jetzt gleich über die Beerbung etwas bestimmt, also ein Beerbungs- oder Vermächtniß-Vertrag (oben §. 1. no. 1.) gegenwärtig abgeschlossen wird. Eine Vereinbarung, daß man einen solchen Vertrag noch erst abschließen wolle, ist noch schlechterdings kein Erbvertrag. Am wenigsten ist es ein Erbvertrag, wenn zwei sich mit einander vereinbaren, daß sie ein verbundenes Testament errichten wollen, denn diese vorläufige Vereinbarung kann ganz füglich auf einen Letzten Willen gerichtet seyn. Vor allen Dingen darf durchaus der Erbvertrag nicht als eine Obligatio im eigentlichen Sinne erzeugend gedacht werden, obgleich er eine bindende Kraft hat. Ungemein kommt hier der Theorie, welche den wirklich vorhandenen Rechtsstoff rein auffassen und fügsam bilden soll, die in neuester Zeit lebendig gewordene Erkenntniß zu Hülfe, daß ein Vertrag noch viel Anderes hervorbringen könne, als eine Obligatio, d. h. eine persönliche Forderung auf Leistungen [63]). Hier ist es ein Erbrecht oder der Verlust eines Erbrechts, oder endlich ein Vermächtniß, was dadurch erzeugt wird. Das Erbrecht wird unwiderruflich ertheilt, ist aber doch noch dadurch bedingt, daß der, welcher es uns zusichert, vor uns mit Tode abgeht, denn wir sollen ihn, und nicht unser Erbe ihn beerben. Allerdings aber kann es besonders verabredet werden, daß z. B. unsre Kinder an die Stelle treten sollen [64]), wie jegliche Substitution. Auf diese Weise ist es denn eigentlich nur eine Hoffnung, die uns hier versichert wird, aber auf diese haben wir einen unabänderlichen Anspruch, wie auf irgend eine gekaufte Hoffnung. Ob wir etwas dagegen aufgeopfert haben, ob also der Erbvertrag oneros oder rein lucrativ ist, macht keinen Unterschied, sobald

63) Vgl. diese Zeitschrift B. 1. St. 1. S. 92 ꝛc.

64) Bei einer Erbeinsetzung im Heirathscontract wird dieß nach franz. Recht sogar präsumirt, aus einem ähnlichen Grunde, weswegen in L. 30. de Fideicommiss. das Fideicommiß: »bei seinem Tode soll mein Sohn meine Erbschaft herausgeben,« mit der stillschweigenden Clausel verstanden wird, »wenn er dann keine Kinder hinterläßt.«

nur ſo viel klar iſt, daß ein Beerbungs-Contrakt wirklich geſchloſſen wurde.

2. Durch nichts iſt mehr Verwirrung in dieſe Lehre gekommen, als dadurch, daß man ſich hier einen gemeinen Contract, der nur einen beſondern Gegenſtand, und eine Obligatio, die nur ihren eignen Stoff habe, gedacht hat. Durch dieſe Verkehrtheit haben ſich die Juriſten des vorigen Jahrhunderts vorzüglich ausgezeichnet. Da ſie oft in der Verlegenheit ſich befanden, in einem zweifelhaften Fall ſich entſcheiden zu müſſen, ob ein Teſtament oder ein Erbvertrag angenommen werden ſollte, da ſie es ſich gefallen laſſen mußten, daß zuweilen letztwillige Verfügungen ſogar in pacta dotalia (Eheſtiftungen) eingemiſcht wurden, wo ſie denn wohl ganz widerſinnig von »pacta in vim *ultimae* voluntatis confecta,« ſprechen, und dieſe durch die römiſche mortis causa donatio zu rechtfertigen ſuchen; gaben ſie den erſtaunlichen Rath darauf zu ſehen, ob verba obligatoria (z. B. »ich verſpreche dir, du ſollſt mein Erben ſeyn«) gebraucht worden, da ſey denn Erbvertrag; oder ob von »Erbe,« »Erbſchaft,« geſprochen worden, da ſey denn letzter Wille, oder doch ein letztwilliger Vertrag; und nach dieſer Maxime ſprachen ſogar die gelehrten Schöffenſtühle [65]). Als ob nicht grade das den Erbvertrag characteriſire, daß er die Succeſſion in eine Erbſchaft beſtimmt, und für dieſe einen Erben ernennt oder entfernt, oder doch daraus ein Vermächtniß gewährt. Aber auch franzöſiſche Rechtsgelehrte ſprechen von einer »*obligation* que contract l'instituant envers l'institué de lui laisser, à titre d'héritier, tous les biens qui lui resteront au jour de sa

65) *Leyser* Spec. 43. med. 6. 7. Spec. 44. med. 1. 2. (vgl. Spec. 308.) und die dort citirten Carpzov, Stryk, Berger u. a. m. Leyſer verſteht ſich ſelbſt nur ungern — Woltmann hätte geſagt: invitis dentibus — zu dieſer Theorie, aber er weiß ihr nicht auszubeugen. Stryk rieth, man möge nur hübſch die Worte ſo ſtellen, daß ein Actus *inter vivos* herauskomme, dann ſey ſicher ein Erbvertrag, eine Hauptcautel ſey, nicht von erben und ſuccediren zu ſprechen. —

mort« [66]). Man kann dieß wohl damit entſchuldigen, daß die Römer das Wort obligari mitunter von Gebundenſeyn im allgemeinen gebrauchen, auch wohl ſelbſt in juriſtiſchen Beziehungen, z. B. wenn ſie bei einem Pfande ſagen, daß die Sache obligirt ſey, wenn gleich hier ein dingliches Gefeſſeltſeyn gemeint iſt. Allein wir Neueren haben mehr Urſache, es mit den Worten genau zu nehmen, da die Sachen uns noch immer nicht ſo geläufig werden wollen, zumal wie hier, wo Verwechſelungen ſo nahe liegen [67]). Und das Wort Obligatio

66) *Merlin* Rep. Instit. contract. pag. 249.

67) Es iſt unleugbar, daß in dieſem Betracht die franzöſiſchen Juriſten den wahren Begriff reiner gedacht und feſter gehalten haben, als unſere Juriſten des verfloſſenen Jahrhunderts, (gleich im Anfange dieſes Jahrhunderts wird dieß ſchon beſſer, ſ. die kleine Schrift von Pätz de successione per pactum promissa u. ſ. w. Gött. 1801, aber dann wieder Franz Schömann Handb. d. Civilr. B. 2. IX. 1. von Erbverträgen: mit wenig guten Gedanken, wie geiſtreich damm! z. B. gegen die Bemerkung, die Römer hätten ihre Teſtamentifactio nicht durch Vertrag aufgeben dürfen, wendet er ein: »Sonderbar, der Römer durfte doch intestatus verſterben«!) Dennoch ſind ſie keineswegs ganz ſicher. Sie haben für Erbvertrag und Pactum successorium auch daſſelbe Wort: pacte successoire oder de succession, aber, indem der Beerbungsvertrag und aus dieſem wieder der Einſetzungsvertrag herausgehoben wird, ſagen ſie lieber, Institution contractuelle, und das iſt ſchon ein Gewinn, da richtige Begriffe durch richtige Benennungen unterſtützt werden. Sie ſprechen von institution d'heritier, faite par un contrat ordinaire — par un contrat de mariage, d'association universelle u. ſ. w. Dann definiren ſie es wieder un don irrevocable de succession on d'une partie de succession (hereditatem pacto dare hat man dafür oft lateiniſch geſagt), indem unter succession Univerſal-Succeſſion verſtanden wird. — Der ſinguläre Erbvertrag wird meiſtens bey Seite geſchoben, aus einem in einem folgenden Kapitel anzuführenden Grunde. — Endlich ſagen ſie kühn, der Erbvertrag ſey un testament irrevocable oder ein testament par contrat, erſchrecken aber vor ihrer eigenen Definition, indem ſie meinen, das ſey doch eigentlich ein Widerſpruch, es iſt dies aber nach dem ſchon oben Angeführten eine eitle Sorge, denn unter Teſtament eine Erbeinſetzung gedacht, was es im Weſentlichen immer iſt, und der Ausdruck iſt vollkommen richtig, ſobald man den Erbvertag gelten läßt, ſagt dann aber auch nichts mehr als Institution contractuelle. So die bey Merlin Rep. Instit. contr. ausgezogenen Schriftſteller; er ſelbſt in den Questions de droit. Instit. contr. p. 142 aber ſagt entſchloſſen ſie ſey von der teſtamentariſchen Erbeinſetzung durch nichts unterſchieden, als dadurch daß ſie unwiderruflich ſey, hier wie dort ſey daher der Eingeſetzte nur zu einem künftigen Erbfolgerecht beſtimmt, und dieſe Beſtimmung falle weg, es komme nicht

ſelbſt hat doch im römiſchen Recht ſeine ganz feſte techniſche Bedeutung: eine Forderung der Perſon gegen die Perſon auf beſtimmte Leiſtungen, mögen dieſe nun in einem facere oder in einem non facere beſtehen.

3. Der eigentliche Beerbungsvertrag, der einen Erben zur erſten Hand [68]) ernennt, erzeugt gar keine Obligatio, auch nicht nebenbei, und wir ſollten es auch im Teutſchen vermeiden hier von Verbindlichkeit (lieber Gebundenheit) oder gar von Verpflichtung zu ſprechen. Bei dem Vermächtnißvertrag (ſingulärer Erbvertrag) entſteht freilich eine Obligatio. Sie entſteht nur nebenbei, denn jedes Vermächtniß gewährt ſchon nach neueſtem römiſchen Recht eine Vindication, aber auch angenommen, daß ſo wie beim alten Damnationslegat [69]) allein und hauptſächlich eine Obligatio entſtände, ſo wird dieſe doch gar nicht durch den Contract hervorgebracht, ſo daß ſie von dem Erblaſſer auf den Erben übergehn könnte, ſondern ſie entſteht für den Erben zunächſt durch die Antretung, nach dem Geſetz, indem dieſes in ſie die Verpflichtung hinein gelegt hat. Ob das Vermächtniß auf

zur Delation, wenn der Eingeſetzte vor dem Einſitzenden ſterbe. Die Kinder des im Contrat de mariage vorherbeſtimmten Erben wären vulgariter durch Erbvertag Subſtituirte, und wenn auch dieſe vor dem Erblaſſer ſtürben, ſo verfehlte der Erbvertrag alle Wirkung, er werde eaduque.

68) In Frankreich konnte das in den meiſten pays de coutumes (einige ließen es jedoch zu, andere wenige geſtatteten gar keinen Erbvertrag) gar nicht ſeyn, da ſie auch aus Teſtament keine unmittelbare Beerbung (une saisine — le mort saisit le vif), ſondern nur eine durch die Herausgabe der geſetzlichen Erben (par une delivrance) vermittelte Beerbung zuließen: unmittelbare Erben werden immer die geſetzlichen. So gab dies ein Legs universell, wie das Legatum partitionis nicht einmal war. Der Code N. hat dieß zuſammen getkan, und die delivrance nur für die nächſten Klaſſen, (wo eine beſtimmte Quote der Güter vom Geſetz reſervirt iſt) allgemein ſtehen laſſen; daher hat er für dieſe weder ein Teſtament, noch einen Beerbungsvertrag im ſtrengſten Sinn. Aber auch das univerſelle Legat nun saisit de plein droit, und wird noch wieder unterſchieden von dem Legat mit univerſellem Titel. Code civil §. 1002. 1003. 1010. Die Technik hat hier neue Arbeit, dieſe Begriffe zu unterſcheiden.

69) Gaj. Inst. II. 201. etc.

Letztem-Willen, oder ob auf Vertrag beruht, macht in dieſer Hinſicht gar keinen Unterſchied. Bei dem univerſellen Fideicommiß-Vertrage iſt es eben ſo. Eine Vulgar-Snbſtitution durch Vertrag gibt wieder gar keine Obligatio, als die die Schulden zu bezahlen, die jeder Erbe hat, und die eine Folge der Antretung iſt. Wo aber auch hier eine Obligatio iſt, da entſteht dieſe doch niemals durch den Erbvertrag für den Erblaſſer, obgleich dieſer doch immer den Contract abſchließt. Wenn durch Stipulatio eine Servitut errichtet wurde [70]), ſo entſtand daraus für keinen der Contrahenten eine Obligatio, denn was hier als Leiſtung angeſehen werden konnte, war die Errichtung der Servitut, daß dieß dingliche Recht conſtituirt wurde, das geſchah hier aber eben durch die Stipulatio, und ſo ließ dieſe nichts mehr zu leiſten übrig. Wenn bei den Römern durch nudus consensus eine Ehe erzeugt wurde, ſo war das eine Conventio, aber keine Obligatio keiner Art, ſondern eine Familienverbindung mit ihren die ganze Perſon in Anſpruch nehmenden, keinesweges auf einzelne Präſtationen gerichteten Pflichten, ward daraus geboren. So auch hier iſt es keine Obligatio, ſondern ein Beerbungsrecht, (dieß einmal hier wieder im weiteſten Sinn genommen), was durch den Vertrag erzeugt wird. Der künftige Erblaſſer ernennt wie bei dem Teſtament ſeinen Erben, ſeinen Subſtituten, ſeinen Fideicommiſſar, ſeinen Legatar durch ſeinen Willen, daß er aber dieſen Willen hier an den Willen des Erben, des Legatars u. ſ. w. ſetzt, daß er zu dieſem Zweck einen Vertrag mit ihm abſchließt, geſchieht nur, damit er nicht dieſen Willen wieder ändern, und dadurch die ſchon geſchehene Erbeinſetzung widerrufen könne; zu leiſten iſt hier nichts mehr übrig, da die Ernennung des Erben vollendet iſt, auch eine Obligatio in non faciendo consistens iſt hier nicht, etwa nicht zu widerrufen, denn der Widerruf iſt juriſtiſch gar nicht

70) Rhein. Muſeum. B. 1. St. S. 97 ꝛc.

möglich; er wäre gänzlich nichtig, da die Unwiderruflichkeit der Einsetzung gleich mitgegeben ist, ihr unwandelbar anklebt.

4. Es ist allerdings möglich, den Erbvertrag bis auf einen gewissen Punkt widerruflich zu machen, dann muß es aber nur durch ihn selbst geschehen. Weshalb sollte man nicht Jemanden eben so gut, als ein von Testament ganz unabhängiges, ein bloßes Intestaterbrecht durch Vertrag zusichern können, warum nicht das Wenigere so gut als das Mehrere? Es würde das doch ein besseres Recht geben, als ein bloßes testamentarisches, da dieses bekanntlich durch einem simpeln Widerruf unter gewissen Umständen aufgehoben werden kann. Verleiht man das Intestaterbrecht von Kindern (d. h. ein vertragmäßiges so gut wie das gesetzliche), so ist darin auch noch ein Notherbenrecht eingeschlossen. Freilich allen Widerruf frei zu lassen, würde Umgehung des Testaments seyn. Aber wie nahe treten sich hier formlose und sehr förmliche Verfügung, so daß die Unförmlichkeit des ganzen Rechts sich nicht verkennen läßt.

5. Ist denn aber ein Erbvertrag niemals ein Versprechen? Im eigentlichen Verstande nicht. Aber der gemeine Sprachgebrauch ist hier nicht so genau, daß er nur das Versprechen nennt, was eine Verpflichtung des Versprechenden erzeugen soll. Ich verspreche dir, du sollst mein Erbe seyn, könnte füglich den Sinn haben: ich sage es dir zu, ich gelobe es dir, wie im Sachsenspiegel, und dieses keinen andern als: ich mache dich hiemit zu meinem Erben, und verlaß dich darauf, es soll das nicht geändert werden. Acceptirt das der andre, so ist das eine wahre Institution contractuelle. Eben so beim Vermächtniß. Aber wie wenn es hieße: ich verspreche dich zu meinem Erben zu ernennen; ich verspreche, diese Sache dir zu vermachen? Nach dem Wortsinn würde das gar kein Erbvertrag seyn, und nur wenn sich erweisen ließe, daß doch die Absicht darauf gerichtet gewesen, ihm augenblicklich Erbschaft oder Legat zuzusprechen,

und keinesweges darauf ging, erſt in der Folge ein Teſtament zu errichten und darin eine ſolche Verfügung zu machen, könnte ein Erbvertrag angenommen werden [71]). So iſt es auch beim Enterbungsvertrag: ein bloßes Verſprechen, künftig zu verzichten, iſt kein ſolcher. Aber Verſprechen kann wie im Sachſenſpiegel (oben S. 186) Verlöbniß bedeuten, man verſpricht, verlobt, niemals ein Erbrecht in Anſpruch zu nehmen. Das iſt alſo quaestio facti, und wo noch ein verſtändiger Zweifel ſeyn kann, da darf kein Erbvertrag angenommen werden.

6. Eine andre Frage iſt, hat denn ein Verſprechen, jemanden in einem Teſtament zum Erben einzuſetzen, ihm ein Fideicommiß, ein Vermächtniß im Teſtament oder Codicill zu hinterlaſſen, gar keine juriſtiſchen Wirkungen? Man kann leicht die Frage hinzuſtellen: wenn Einem ſchon ein Erbrecht zuſteht, das aber durch Teſtament aufzuheben iſt, kann ein ſolcher ſich nicht vom Erblaſſer verſprechen laſſen, daß dieſer kein Teſtament und keinen Erbvertrag, der ihm ſein Erbrecht ſchmälern könnte, machen wolle; oder falls er ein Teſtament machen ſollte, er ihn darin auf ſo viel, als ſein Erbrecht betrüge, unbeſchwert einſetzen wolle? Durch eine Obligatio ließe ſich das bei einer Beerbung zur erſten Hand ſchon gar nicht denken; denn die Obligatio des Erblaſſers könnte uns nichts helfen, da ſie ja erſt nach ſeinem Tode wirken könnte, und wie könnte ſein Erben uns verpflichtet ſeyn, daß wir Erbe, alſo er nicht Erbe werden ſollte. Der Widerſpruch iſt klar.

71) Die franzöſiſchen Juriſten ſcheinen hierzu viel Neigung zu haben *Merlin* Rep. J. C. p. 266. Es laſſe ſich ja ein Verſprechen zu verkaufen ſelbſt ſo denken, daß man auf der Stelle verkaufen wolle; ja wenn man ſich ſehr verſpricht, kann es ſeyn. — Die Neigung erklärt ſich daraus, daß ſie hier immer an den Heirathscontract denken, wo freilich wohl an das bloße Erregen einer Hoffnung nicht leicht zu denken ſeyn mögte. Bei dem renunciativen Erbvererag ſind ſie entſchieden, daß da das Verſprechen zu verzichten ſo gut ſey wie der Verzicht. *Merlin* l. c. Renonc. a. u. succ. fut. S. 34., wo ein Urtheil v. 14. Juli 1635 dafür vorkommt; in einem Heirathsvertrage läßt ſich viel dafür ſagen.

7. Auch wenn man dieß als ein Universal-Fideicommiß interpretiren wollte, würde der Sache doch nicht geholfen seyn; denn jedes Fideicommiß oder Vermächtniß muß doch auf dem Willen des Erblassers beruhen, und dieser hatte nicht einsetzen, nicht fideicommitiren, nicht vermachen wollen, sondern nur versprechen, daß es noch geschehen solle. Mithin könnte dieß nur als eine nicht bezahlte Schuld betrachtet werden: der Erblasser hatte sich zu etwas verbindlich gemacht, was er nur bei seinen Lebzeiten erfüllen konnte, nämlich hier den Mann zu seinem Erben zu ernennen oder ihm etwas zu vermachen, er hatte aber seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, nun müßte der Erbe Schadensersatz leisten, und das könnte auf keine andre Weise geschehen, als wenn er ihm die Erbschaft, so weit als das Versprechen reichte herausgäbe, oder doch den Geldwerth derselben erstattete; so daß auf indirectem Wege erreicht würde, was auf directem ungeachtet der Zusage mislungen war, und ungefähr dasselbe herauskäme, was die das damnum vertretende stipulatio poenae nach L. 61. D. de V. O. (oben S. 158.) bewirken sollte. Wie gezwungen und subtil dieß wäre, fühlt ein jeder, aber dieß einmal angenommen, und vorausgesetzt, daß es überhaupt eine Rechtswirkung haben könnte, so dürfte doch diese nur da angenommen werden, wo aus den Umständen deutlich erhellte, daß man nicht etwa bloß durch eine wohlwollende Aeußerung dem Andern seinen Vorsatz bekannt machen wollte, der ohne uns zu binden, doch unsre Güte und Freundschaft an den Tag legen sollte, was mit einer genehmigenden Aeußerung von seiner Seite recht gut bestehen könnte.

8. Allein ich halte dafür, daß eine solche Verpflichtung anzunehmen, und damit Rechtszwang zu verbinden, in unserem heutigen Recht auf keine Weise gegründet ist. Wir stehen hier grade auf der Grenze zwischen dem römischen Testaments- und dem teutschen Erbvertrags-Recht, und hier kommt es nun darauf an, eine, wie man wohl sagen kann, nicht bloß me-

chaniſche, ſondern organiſche Verbindung zwiſchen dieſen bei den unter uns geltenden Rechten zu ſtiften: das iſt hier Sache der Jurisprudenz oder wenn man lieber will, der juriſtiſchen Kunſt. Abgeſehen von den eigenen Urſachen weswegen das Recht der Römer es ihnen nicht zuließ, ſo lange ſie Römer blieben, ſich der Freiheit ein Teſtament zu machen, gänzlich zu entäußern; hat es ſeinen ganz verſtändigen Grund, weswegen das Geſetz Leichtfertigkeit hierin nicht befördern muß. Mag man das Recht über ſeinen Nachlaß zu verfügen, auch nicht ſo hoch anſchlagen, wie die Römer, ein Gut bleibt es doch immer. Mag man den nächſten Verwandten, dieſen natürlichen Erben auch kein ſo ſtrenges Recht zugeſtehen, als die alten Teutſchen thaten, es iſt immer noch unſrer guten Sitte gemäß, — und wir ſind noch immer hierin ſtrenger als die Römer — ſie nicht leicht von der Erbfolge auszuſchließen. Das Teſtamentsrecht iſt erſt durch die Aufnahme des fremden Rechts bei uns heimiſch geworden, das canoniſche Recht iſt in dieſem Punkt auf Römiſchem gebaut. Nach dieſem iſt kein vorübergehender Entſchluß auf eigne Hand, auch ſchriftlich und feierlich geäußert in einem letzten Willen (clausula cassatoria) im Stande, dem Teſtator es unmöglich zu machen, neue Verfügungen zu machen und die alten wieder umzuſtoßen. Sobald es ſich zeigt, daß der entſchieden als letzter ausgeſprochne Wille, doch nicht der letzte geblieben iſt, gilt der wirklich letzte, und »quae postea geruntur, prioribus derogant [72]). Es iſt Princip: nemo eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere, non liceat [73]). Er hat nicht einmal nöthig, dieß zu widerrufen, es gilt von ſelbſt das Neue, und nicht das Alte. Es gilt suprema poenitentia wie suprema et ambulatoria voluntas [74]). Unter dieſes Princip gehörten nach römiſchem Recht allerdings auch

72) L. 6. §. 2. D. de iure codicillor.
73) L. 22. pr. D. de Legat. III.
74) L. 32. §. 3. D. de donat. int. Vir. et uxor

die wahren Erbverträge. Zwiſchen jener caſſatoriſchen Clauſel und den Erbverträgen liegen jene Verſprechungen, in einem Teſtament zum Erben einzuſetzen, ihm darin ein Fideicommiß, ein Vermächtniß zu geben, kein Teſtament zu ſeinem Nachtheil zu machen (wie z. B. der Fall der Leoniſchen Nov. 19. oben S. 165.), in der Mitte. Sie fallen alle in das Teſtamentsrecht der Römer, das römiſche Princip iſt für dieſes gar nicht aufgehoben, die caſſatoriſche Clauſel wird noch immer davon regiert; nur allein die Erbverträge ſind demſelben entzogen, indem ſie nach unſerer Gewohnheit einem eignen Recht unterworfen ſind; nicht ſo jene Mittelfälle. Selbſt wenn einer einen Erbvertrag verſpräche, und ihn nicht gleich abſchlöſſe, ſo könnte dieſes pactum de contrahendo ihn nach demſelben Princip nicht binden. Sollte das ſeyn, ſo müßte ſich auch dafür ein entſchiedener Rechtsgebrauch durch ganz Teutſchland nachweiſen laſſen. Dabei müßte man ſich dann beruhigen, obgleich es ein höchſt unheilſames Recht ſeyn müßte, ſchon allein deswegen, weil es ſo höchſt mißlich wäre, dem Richter gemeinhin die Beurtheilung zu überlaſſen, ob man ſich durch ein ſolches Verſprechen wirklich habe binden wollen [75]). Die Erbverträge ſind ſchon über den Bezirk hinausgeführt, den ihnen jedes verſtän-

75) Schon nach dieſer Maxime würde ich geneigt ſeyn, Eichhorn beizuſtimmen, wenn er auch beim wahren Erbvertrage wenigſtens eine Schrift fordert; wäre nur nicht, wie ich wenigſtens glaube, der Gebrauch ſo entſchieden gegen jede Form. Freilich wenn ein Erbvertrag mündlich vor ſieben rogirten Zeugen geſchloſſen würde, ſo könnte das wohl leicht eine ſimple Privaturkunde aufwiegen, ja überwiegen. Alles was ſich zugeben läßt, iſt, daß bei einem ſo wichtigen Handel, wie der über eine ganze Erbſchaft oder eine Quote derſelben iſt, es ſchon Verdacht erregt, wenn vor wenigen, vielleicht nur zufällig hinhorch nden Zeugen eine ſolche Abrede mündlich getroffen wird, ohne es einmal aufzuſchreiben, und ich würde als Richter, ſchon wegen dieſes Verdachts, mich nicht leicht entſchließen, unter dieſen Umſtänden auf einen ſchon vollzogenen Erbvertrag zu erkennen. Bei einem bloßen Vermächtnißvertrag, etwa über eine bewegliche Sache, würde dieſe Rückſicht ſchon nicht ſo dringend ſeyn, aber doch auch nicht ganz zu vernachläſſigen ſeyn. Das iſt denn doch aber immer etwas ganz anderes, als eine Charte als unerläßliche Form zu erfordern.

dige Zwangsrecht anweiſen müßte; hiedurch nun würde dieſem Treiben vollends alles Maaß und Ziel genommen werden. Solche Verträge ſind alſo noch immer null und nichtig. Unſre ſo oft falſch angewandte Regel, daß jeder Vertrag bei uns klagbar iſt, welche eigentlich nichts anderes ſagt, als daß ein obligatoriſcher Vertrag im allgemeinen keine Form erfordert, weil wir keine allgemeine Form, wie die Stipulation der Römer haben, findet auf die Erbverträge gar keine Anwendung, da dieſe, wie gezeigt worden, gar nicht obligatoriſch ſind. Aber auch die letzterwähnten Verträge trifft ſie nicht, denn wenn dieſe auch ſich als obligatoriſch denken ließen, ſo ſind ſie nicht der fehlenden Form wegen ungültig, ſondern weil ſie aus ſpeciellen Gründen gegen die gute Sitte oder doch gegen die Auctoritas iuris ſind [76]); auf ganz ähnliche Art, wie die Verträge, wodurch das Recht der Frau an ihrer Dos geſchmälert wird, auch dann ungültig waren, wenn man ſie in eine Stipulation gefaßt hatte.

9. Mit dem Verſprechen, auf eine Beerbung zu verzichten, ohne daß darin Verzicht augenblicklich ſchon enthalten iſt, verhält es ſich etwas anders. Dieß iſt nicht der Teſtamentsfreiheit entgegen; allein theils iſt es dem römiſchen Recht zuwider, dem nur durch ein entſchieden Entgegengeſetztes derogirt ſeyn kann; theils iſt eine ſolche Zuſage sine effectu, denn iſt ſie dem Erblaſſer gegeben, ſo kann dieſer nicht darauf klagen, da er kein Intereſſe hat; iſt ſie einem Andern gegeben, ſo iſt ſie Vertrag über die Erbſchaft eines Dritten, und gehört gar nicht hieher.

76) Auch nicht als gemeines Fideicommiß läßt ſich ein ſolcher Vertrag aufrecht erhalten. Es iſt ein ganz Andres, wenn, wie in dem Fall der L. 74 pr. D. ad SCtum Trebell. der Teſtator ſeinem Erben die Pflicht auflegt, kein Teſtament zu machen; denn wenn dieß zum Vortheil einer beſtimmten Perſon geſchieht, die ſonſt Inteſtaterbe ſeyn würde, ſo kann es in Bezug auf die Erbſchaft des Teſtators als ein Fideicommiß interpretirt werden. Aber in unſern Fällen verbindet der Teſtator ſich ſelbſt, und ſich ſelbſt kann man kein Fideicommiß auflegen.

10. Das Reſultat iſt alſo, daß in dem ganzen Bezirk der Erbverträge und ihres Zubehörs gar keine *Obligatio* vorkommt, die eigends aus dem Vertrage ſelbſt hervorginge, und daß daher auch die Regel der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge ſo wenig hieher zu ziehen iſt, als es auf dieſe gegründet ſeyn könnte, wenn nach juſtinianiſchem Recht nun auch Servituten aller Art durch Vertrag hervorgebracht werden.

11. So nun die Sache angeſehen, bleibt es eine intereſſante Frage, iſt der Erbvertrag ein Geſchäft unter Lebenden (inter vivos), oder aber ein Geſchäft Todes halber oder, wie man auch ſagt, auf den Todesfall (mortis causa). Es iſt merkwürdig, daß die franzöſiſchen Rechtsgelehrten auf die genaue Beantwortung dieſer Frage ſo viele Sorgfalt gewandt haben [77]), und doch, wenn mich nicht alles täuſcht, damit nicht zu Rande gekommen ſind. Sie ſtellen aber immer die Frage ſo: iſt die Insitution contractuelle eine *Donation* entre vifs, oder eine *Donation* a cause de mort? Was könnten ſie entgegnen, wenn ihnen Einer gleich von vorne herein widerſpräche, und behauptete: der Einſetzungsvertrag iſt gar keine *Donatio*? Keine Heredis institutio iſt eine Schenkung, wenn auch in den mehrſten Fällen eine Liberalität die endliche Wirkung iſt. Sie ſagen ſelbſt: institution contractuelle fait un vrai héritier; cet heritier *reprèsente* l'instituant *au temps de sa mort* [78]).

Nur ſehr uneigentlich könnte man ſagen, der Erblaſſer macht dem Erben mit ſeiner Repräſentation ein Geſchenk, denn dieſe kann auch für ihn einen ſchlimmen Ausgang haben. Die römiſchen Juriſten nennen daher wohl das Legat eine Donatio [79]), die Erbeinſetzung nennen ſie niemals ſo. Der Erblaſſer ſoll durch den Erben in allen Vermögensbeziehungen vorgeſtellt werden, das iſt der weſentliche Endzweck der letz-

77) *Merlin* Repert. Inst. cont. p. 248.
78) *Merlin* Questions de droit. Instit. contr. p. 144.
79) L. 36 de legat. II. Legatum est donatio Testamento relicta.

teren, und weiter nichts. Das Legat ist nur im weitesten Sinne eine Schenkung, die eigentliche Schenkung (unter den Lebenden) bringt ein Opfer; aber so viel hat das Legat mit jeglicher Schenkung gemein, daß es bey ihm wesentlich darauf abgesehen ist, den Begabten zu bereichern, ihm irgend einen Vermögens-Vortheil zuzuwenden. Das ist bei der Erbeinsetzung juristisch unwesentlich, obgleich es ökonomisch oft beabsichtigt wird. Es läßt sich denken, daß der Erbe zur ersten wie zur zweiten Hand nichts wie Schulden zu repräsentiren hat, oder daß doch mehr Schuld als Vermögen auf ihn gekommen ist, oder wenigstens daß jene dieses erschöpft; indem er diese Schulden bezahlen muß, bleibt Erbeinsetzung Erbeinsetzung und thut vollaus ihre Wirkung. Dagegen ist Vermächtniß gar nichts, wenn es keinen Gewinn gewährt, wie z. B. das Legatum debiti gar nichts ist, wenn es nicht über die Schuld hinaus irgend einen Vortheil mit sich führt.

12. Man könnte denken, dieß liege blos in der Natur der römischen Erbeinsetzung, die darum so gefährlich war, weil sie den antretenden Erben, ohne Rücksicht auf den Belang des vorhandenen Guts, unbedingt zur Zahlung aller Schulden verpflichtete; schon durch Justinians Inventarienrecht sey dieß anders geworden, vollends durch das Teutsche Recht, welches die Schulden nur so weit dem Erben auflegte, als das disponible Vermögen reicht, wohin dann heut zu Tage auch regelmäßig die Immobilien gehören (vergl. ob. S. 185). Ich mögte nicht so geradezu mit Eichhorn *) sagen, die Erbfolge sey bey uns schon längstens eine Successio universalis im Sinne des römischen Rechts geworden, auch noch jetzt mögte ich das nicht sagen; denn auch im heutigen Teutschen Recht finden sich deutliche Spuren, und in manchen Statuten, die noch jetzt gelten, ist es, wenn auch selbst nicht ausgesprochen, doch in Folgerungen zu erkennen, daß zwar eine Universalsuccession gilt (die wohl auch schon bis auf einen

*) T. St. u. R. Geschichte. §. 456.

gewiſſen Punkt nach dem Sachſenſpiegel Statt findet ſ. oben), aber ſo wie ſie ſich immer nur denken läßt, unter Lebenden oder auf den Todesfall, dagegen aber keine Repräſentation ſo absolut gilt, wie ſie die Univerſal-Succeſſion bey Erbſchaft im röm. Recht mit ſich bringt, ſondern nur relativ, ſo weit die Güter reichen. Das Inventarienrecht hat noch immer die Regel der abſoluten Repräſentation, der es nur ein Beneficium entgegenſetzt; das Teutſche Recht, ſo weit es ſich noch erhalten, hat die entgegengeſetzte Regel, und läßt nur ausnahmsweiſe in Poenam unbedingtes Haften für die Schuld eintreten, wenn man nicht für eine zu berichtigende Specification ſorgte, da man es doch konnte, wie Juſtinian zur Strafe Bezahlung der Legate zum Vollen eintreten läßt, wenn man culpa sua die Inventur unterließ. Doch das macht für den Begrif der Erbeinſetzung keinen Unterſchied, denn wo nur irgend Repräſentation gilt, da muß der Erbe doch wenigſtens ſo weit die Schulden bezahlen, als ſie das Vermögen erſchöpfen, ohne daß dieß die Erbeinſetzung unwirkſam macht. Nun könnte man ſagen, nach dem Fideicommißrecht der Römer könne auf ein Legat ein erſchöpfendes Fideicommiß gelegt werden, oder auf ein erſtes Fideicommiß ein zweites, was dieſes abſorbirte. Allein, wenn auch ein ſolches erſtes Vermächtniß angenommen würde, ſo führte es ja doch immer dahin, daß Einer gewönne, nämlich der mit dem Zweiten Beſchenkte, und ſo iſt es ſeinem Weſen nach immer Geſchenk. Wo dieß verfehlt wird, da geht das Legat allemal zu Grunde; wogegen die Erbeinſetzung ihre vollen Dienſte thun kann, indem keiner einen rothen Heller dadurch gewinnt.

13. Dazu kommt nun aber endlich auch noch dieß, daß die Einſetzung, die durch Vertrag geſchieht, eben ſo gut oneros als lucrativ ſeyn kann, man kann ja eine ſolche Erbeinſetzung kaufen, wenn auch bey den Teutſchen ſolche Speculationen ſelten vorkommen, aber oft werden dagegen andere

Rechte aufgegeben, und da iſt denn, ſo weit als dieſes zutrift, gar keine Schenkung. Man denke nur an die Einkindſchaft, wobey die Vorkinder ſo oft Theilungs- oder Verfangenſchafts-Anſprüche aufgeben. Im franzöſiſchen Heiraths-Contract mag das alles freilich ſelten vorkommen, indeſſen möglich iſt doch auch hier eine damnosa hereditas, oder ſchon zu Anfang ein contractus onerosus, und ſo liegt es auf jeden Fall nicht im Weſen der Institution contractuelle daß ſie eine Schenkung iſt.

14. Die römiſchen Juriſten machen nun allerdings die Eintheilung in inter vivos und mortis causa nur bei der Donatio [80]). Eigentlich techniſch ſcheint ſogar nur der Ausdruck *mortis causa donatio*, denn die inter vivos donatio wird eben ſo oft anders, z. B. vera et absoluta donatio — quae sine ulla mortis cogitatione fit, — quae ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur, endlich *non* mortis causa donatio genannt und umſchrieben [81]); die beiden letzten Bezeichnungen aber verrathen ſchon deutlich, daß die Eintheilung logiſch genau gedacht iſt, und die Glieder einander ſchon im Begriff rein ausſchließen. Da dieß alſo nur eine Eintheilung der Schenkung, Erbeinſetzung aber keine Schenkung iſt, ſo könnte man denken, die Eintheilung ſey hier für den Beerbungs-Vertrag gar nicht zu brauchen. Allein die römiſchen Juriſten brauchten ſie nur deswegen bloß bei Schenkung, weil ſie nur da für ihre Theorie Bedürfniß war. Auch in ihrem Recht konnte es eine venditio mortis causa contracta geben: ich verkaufe Dir die Sache für den Preis, ſtirbſt Du aber vor mir, oder geneſe ich, ſo geht der Kauf zurück. Allein das iſt ein ſo ſeltener Fall, daß man darnach keine Eintheilung macht.

80) Wie von ungefähr kommt einmal bei der Manumiſſion der Gegenſatz vor L. 1 pr. D. de adsign. libert., wo denn gar keine Beziehung auf Vermögen iſt.

81) Vergl. pr. mit §. 2. J. de donat. L. 67. D. de V. S. L. 25 init. D. de inoff. testam. L. 27 verglichen mit L. 35. §. 2. D. de m. c. donat.

Bei ihrer immer letztwilligen Heredis institutio konnte auch nicht ein Schein entstehen, als könnte sie jemals inter vivos seyn. Da nun dieser Schein bei unserm Einsetzungsvertrage nicht zu leugnen ist — auch teutsche Juristen haben sich vielfältig davon verleiten lassen, — so müssen wir den Gegensatz inter vivos — mortis causa über die zufällige Grenze herausheben, die er bei den römischen Juristen hat, und wir werden sehn, daß er sich im Wesentlichen dadurch nicht im mindesten verändert.

15. Unter den französischen Juristen gibt es hier zwei entgegengesetzte Parteien, von denen die eine sich für inter vivos, die andre für mortis causa entschieden hat. Da nun beide eine Menge Dinge aufrechnen, die für das Eine oder für das Andre anzuführen sind, so hat sich eine Mittelmeinung gebildet, die neuerdings den meisten Beifall erhalten zu haben scheint, wornach es ein aus inter vivos und mortis causa gemischtes Geschäft ist, und da werden denn Beziehungen aufgerechnet, worin sie dieß, und andre, worin sie jenes seyn soll. Das geht durchaus nicht an, denn, wie gesagt, die Begriffe sind ausschließlich: was mortis causa ist, kann nicht inter vivos (*non* mortis causa) seyn und umgekehrt. Dieß bleibt wahr, wenn man sich auch ganz von der Quelle dieser Eintheilung, dem Römischen Recht losreißen wollte, was man nicht leicht ungestraft thun wird, da fast unsre ganze Technik durch dieses Recht ihre erste Gestalt und Bildung erhalten hat. Aber wollten wir uns hier einmal ganz mündig erklären, so müßten wir ein Drittes nachweisen können, was zwar viel mit den negotiis inter vivos, und wieder viel mit den negotiis mortis causa gemein hätte, aber außerhalb dieser beiden Geschäfts-Klassen seinen Charakter und sein Wesen noch in sich trüge und eben dadurch die Institution contractuelle sey.

Wir wollen es abwarten, bis dieser Character nachgewiesen wird, — in den bisherigen Untersuchungen kommt nichts dergleichen vor — und bis dahin die römische Eintheilung festhalten, die

mit dieſen beiden Klaſſen das ganze Genus der Geſchäfte ausfüllt, indem ſie den Begriff der einen negativ ſtellt zum Begriff der andern. Dann ferner kann es zwar zutreffen, daß bei einem mortis causa negotium ſich findet, was gewöhnlich ſonſt nur bei inter vivos negotiis angetroffen wird, allein das iſt denn acceſſoriſch, das Weſen der einen oder der andern Art muß ſich bei jedem Geſchäft finden. Es kommt alſo darauf an, dieſes auszumitteln. Nun könnte man dieſes darin ſetzen, daß das Geſchäft unter den Lebenden abgeſchloſſen wäre, ſo daß keine Reue und kein einſeitiger Widerruf Statt fände; das wäre denn wenigſtens nicht römiſch, denn die Innominat-Contracte ſind in dieſem dem poenitere auf einer Seite unterworfen, zuverläſſig aber ſind ſie inter vivos contrahirt ſchon durch die bloße Vorleiſtung, die Nachleiſtung hebt den Contract auf, da nun alles erfüllt iſt. Im Gegentheil die mortis causa donatio kann von Widerruf aus Reue ganz unabhängig gemacht werden, und damit wird ſie noch kein negotium inter vivos, wie wir in der Folge näher ſehen werden. Alſo römiſch iſt das nicht, wenn man auch dadurch die Institution contractuelle, ungeachtet aller Eigenheit, zum entſchiedenen Geſchäft unter Lebenden machen könnte. Aber es iſt auch überhaupt unzweckmäßig und verwirrend.

16. Um den römiſchen Begrif zu finden muß man das mortis causa immer voraus denken, denn wie geſagt, das inter vivos denken ſie ſich negativ, nämlich *non* mortis causa, Ein mortis causa negotium iſt nun aber ein ſolches Geſchäft, wo die dadurch bezweckte Vermögensveränderung, z. B. daß ein Vermögen und die darin enthaltenen Sachen einen andern Herrn erhalten, daß ein andres Individuum in die Vermögensverhältniſſe eintritt und Gläubiger der Schuldner, Schuldner der Gläubiger wird, u. ſ. w. — nach der Anlage des Geſchäfts ſelbſt [82]) erſt durch den Tod jemandes eine

82) Es kann ſeyn, daß zufällig, und ohne daß es urſprünglich Abſicht war die Rechtswirkung über den Tod hinausgeſchoben wird,

feſte Beſtimmung und eine entſchiedene Dauer erhält. Wo alſo dieſe auch nur noch davon abhängt, daß der eine Contrahent den andern überlebt, da iſt ſchon mortis causa negotium, wenn auch etwa die Vermögensveränderung proviſoriſch, aber nicht auf die Dauer geſichert, ſchon früher und gleich vor ſich gegangen ſeyn ſollte, wie z. B. bei einer m. c. donatio regelmäßig ſchon durch die Tradition auf den Beſchenkten das Eigenthum gleich und inter vivos übergeht, da wird doch (ipso iure oder durch condictio) revocirt, ſobald der Beſchenkte vor dem Schenker ſtirbt. Folglich gehört zum Geſchäft unter Lebenden, daß daſſelbe, wie die Römer ſagen, ſo geſtellt ſey, »ut nullo casu revocetur« auch nicht durch den frühern Tod des einen Contrahenten. Hiernach iſt der Erbeinſetzungsvertrag entſchieden ein negotium mortis causa, denn die dabei weſentlich beabſichtigte Vermögensveränderung, Delation des Nachlaſſes an den Vertragserben, tritt gar nicht einmal eher ein, kann niemals eher eintreten, als mit dem Tode deſſen, über deſſen Erbſchaft contrahirt wird. Daſſelbe tritt aber auch bei allen andern Erbverträgen, ſingulären und univerſellen ein, und ſo iſt jeder Erbvertrag ein auf den Tod geſtelltes Geſchäft, ein negotium mortis causa contractum. Die ſcheinbaren Seltſamkeiten, daß dieſe Erbeinſetzung, dieſes Vermächtniß ein Contract iſt, was nur zufällig die römiſche Erbeinſetzung und das römiſche Codicill als Letzter-Wille nicht ſeyn kann, und daß ſie unwiderruflich ſind, wie wiederum eine ultima voluntas nicht iſt, ſind ſelbſt im römiſchen Recht nicht einmal unerhört, da auch die m. c. do-

z. B. ein Kaufmann ſchenkt Jemanden 1000 Thlr. nur allein unter der Bedingung, wenn ſein Schiff glücklich von der Reiſe zurückkommt; es fiel keinem ein, daß er den Ausgang nicht erleben werde, er ſtirbt aber inzwiſchen, und nun kommt das Schiff zurück, hier iſt die Schenkung inter vivos geſchloſſen, denn man dachte nicht anders, als daß die Erfüllung der Bedingung, wenn dieſe überhaupt einträte, noch vor dem Tode und ſomit auch die entſchiedenſte Rechtswirkung (perfecta donatio) noch vor demſelben eintreten würde, der zufällige Verzug über dieſen hinaus, macht das Geſchäft nicht hinterher zur mortis causa donatio.

natio in demſelben Sinn ein Contract iſt, wenn ſie einmal unwiderruflich iſt; auf keinen Fall ändern ſie in der Sache etwas, da ſie das Weſen nicht treffen. Es iſt alſo immer nur ſehr uneigentlich geſagt, wenn man einmal einen Erbvertrag ein Geſchäfft unter Lebenden nennt, und nicht juriſtiſch geſprochen.

17. Endlich kann noch die Frage aufgeworfen werden, wie iſt denn nun genauer genommen ein ſingulärer Erbvertrag zu verſtehen und aufrecht zu erhalten, und wie iſt er von einer Todes halber geſchehenen Schenkung noch unterſchieden, oder iſt er damit eins, macht dieſe vielleicht nur eine Art deſſelben aus, oder umgekehrt, iſt der Vermächtnißvertrag eine Species der mortis causa donatio? Allein, um Wiederholungen zu vermeiden, wollen wir dieß bis zum dritten Capitel welches von der Schenkung Todes halber handeln ſoll, aufſchieben.

Zweites Capitel.

Von dem Vertrage über die Erbſchaft eines Dritten.

§. 1.

Juriſtiſche Natur dieſes Vertrages, und Unterſchied von dem Erbvertrage.

1. Wenn man unter Erbvertrag einen Vertrag über eine Erbſchaft im weiteſten Sinne dieſes Worts verſteht, ſo iſt allerdings der Vertrag über eine fremde Erbſchaft auch ein Erbvertrag, und gehört mit dem Vertrage, den man mit dem Erblaſſer über ſeine eigne Erbſchaft ſchließt, unter ein Genus. Allein dann iſt auch der Verkauf einer ſchon angefallenen Erbſchaft, ſo wie jeder Vertrag über dieſe ein Erbvertrag [83]). Nun könnte man freilich den Begrif

83) Auch das Verſprechen, jemanden einzuſetzen oder ihm etwas

des Erbvertrags ſo beſchränken, daß man ihn allein von dem Vertrage über eine noch nicht angefallene Erbſchaft verſtehen wollte. Aber damit wäre es noch nicht gerechtfertigt, wann jeden Vertrag über eine noch nicht angefallene Erbſchaft einen Erbvertrag zu nennen. Nicht zufällige und faktiſche, ſondern weſentliche und juriſtiſche Aehnlichkeiten und Unterſchiede müſſen den Eintheilungen in unſrer Wiſſenſchaft zum Grunde gelegt werden. Der wichtigſte Geſichtspunct iſt nun hier aber immer, ob die eigentliche Beerbung (hereditas im ſtrengern Sinn), das Erbrecht für den einzelnen Fall, durch den Vertrag beſtimmt wird, oder nicht. Dieß kann allerdings immer nur zum voraus geſchehen, ehe eine Delation erfolgt iſt, aber nur deswegen weil ein ſolcher Vertrag nur mit dem Erblaſſer ſelbſt abgeſchloſſen werden kann; nur er iſt im Stande mit Ueberſchreitung des Geſetzes die Erbfolge in ſeinen Nachlaß zu beſtimmen, mag dieß nun durch gegenwärtig befeſtigten oder Letzten-Willen, mag es durch Vertrag oder ohne Vertrag geſchehen. Unmöglich kann der Vertrag dritter Perſonen, mögen dieſe noch ſo ſehr dabei intereſſirt ſeyn, die Erbfolge ändern, es iſt aber auch dabei ganz einerlei, ob dieſe ſchon jetzt eingetreten iſt, oder erſt künftig eintreten wird. Wenn hier alſo irgend etwas ausgerichtet werden ſoll, ſo kann es nur darin beſtehen, daß ſich derjenige, dem die Erbfolge zukommt, verpflichtet, das Reſultat dieſer, was ihm an Vortheil daraus zukommt, an den Dritten herauszugeben. Dieß iſt dann ein ganz gemeiner Contract und eine gemeine Obligatio, die ſich nur durch ihren Gegenſtand auszeichnet. Die Erbfolge wird dadurch nicht im mindeſten verändert, Succeſſor bleibt, der es ſonſt war, und der Dritte ſuccedirt dem Erblaſſer weder univerſell noch ſingulär, weder mittelbar, noch unmit-

zu hinterlaſſen, kein Teſtament zu ſeinem Nachtheil zu machen, würde dann ein Erbvertrag ſeyn, da es ja eine Erbſchaft, einen Nachlaß betrifft. Vergl. oben S. 205 ꝛc. ꝛc.

telbar. Ob der Dritte ſelbſt Erbe iſt, und nur dadurch etwas bekommt, was er ſonſt nicht geerbt haben würde, oder ob er ein Extraneus iſt, das iſt ganz einerlei, zu dem Erbtheil des Andern iſt er in dieſer Beziehung immer Extraneus. Selbſt wenn reine Erbtheilung beabſichtig wurde, ſo wie ſie ohnehin nach dem Geſetz geſchehen mußte, und man nur eine definitive Norm wollte, die nun für immer feſtſtehen ſollte, damit kein Streit weiter entſtände, ſo iſt dieſes Feſtſtehen doch lediglich durch eine wechſelſeitige Obligatio begründet. Wenn eine Erbſchaft nach dem Tode des Erblaſſers verkauft wird, ſo ſuccedirt der Käufer dem Erblaſſer nicht mehr als wenn er eine einzelne Sache aus der Erbſchaft vom Erben kaufte, anders wie beim Fideicommiß oder Legat, obgleich doch auch hier herausgegeben und reſtituirt werden muß, es iſt aber nicht anders, wenn der Verkauf vor dem Tode deſſelben alſo über eine künftige Erbſchaft geſchloſſen wurde. Alle dieſe Fälle gehören daher nicht ins Erbrecht, deſſen Bezirk durch die Succeſſionen in den Nachlaß eines Verſtorbenen ausgemeſſen iſt; ſie gehören ſämmtlich ins Contracts- und Obligationen-Recht, wie die römiſchen Juriſten Actio und Hereditas vendita zuſammenſtellen. Will man dieß zuſammenfaſſen und durch eine kurze Benennung im Gegenſatz des Erbvertrages bezeichnen, ſo würde ich dazu das Wort Erbſchaftsvertrag vorſchlagen. Doch kann man dieß auch wieder im engern Sinn von dem Vertrag über die Erbſchaft eines beſtimmten noch Lebenden gebrauchen, und dieſer Bezeichnung werde ich mich in der Folge wo es bequemer iſt, bedienen.

2. Es folgt alſo, daß die Fälle, wo über eine noch nicht angefallene Erbſchaft ein Handel getroffen worden, wenn man die Sache juriſtiſch anſieht, durch eine weite Kluft von den Erbverträgen geſchieden ſind [84]), ungeachtet einer zufälligen faktiſchen

84) Am mehrſten hat zur Verwechlung verführt, daß beim renunciativen Erbvertrag eine Entſagung vorkömmt und daß auch beim

ſchen Aehnlichkeit; daß ſie vielmehr mit den Verträgen über eine ſchon angefallene Erbſchaft unter ein Genus gehören, von welchem dieſe und jene nur unterſchiedliche Species ausmachen. Daß die eine dieſer Species in ähnlicher Weiſe wie die Erbverträge ſelbſt, von den Römern nicht durchaus ins Zwangsrecht aufgenommen worden iſt, die andre es allerdings iſt, kann hierin nichts ändern; denn wollte man hier auf Gültigkeit oder Ungültigkeit ſehen, ſo müßte man den Vertrag über die Erbſchaft eines unbeſtimmten Dritten zu den Erbverträgen ſtellen, den Vertrag über die Erbſchaft eines beſtimmten Dritten dagegen unter die gemeinen Contracte, wenn dieſer nämlich nicht einwilligte oder die Einwilligung widerrief, willigte er aber ein und blieb auch dabei, ſo gehörte das wieder unter die Erbverträge. Das wäre aber eine wahre Unmethode, und zwar nicht bloß aus doctrinellen, ſondern aus ſolchen Gründen, die die Natur des Rechtsſtoffs ſelbſt nothwendig anweiſt. Es iſt alſo auch ganz klar, daß von der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Erbverträge kein Schluß gilt auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Verträge über die Erbſchaft eines Dritten, und umgekehrt; und wir können zum voraus gewiß ſeyn, daß die römiſchen Juriſten dieſen Schluß nicht gemacht haben. Es könnte in einem Recht vollkommen gültig ſeyn, über eine uns hoffentlich künftig zufallende Erbſchaft zum voraus zu contrahiren, wie über die Jagd eines Tages oder einen Fiſchfang, oder ſonſt eine Hoffnung; indem doch jeder Vertrag über eine Beerbung gänzlich nichtig wäre. Das Umgekehrte muß aber auch eben ſo gut Statt finden können. In der Natur der Sache liegt alſo ſchlechterdings kein Grund von dem Einen auf das Andre zu ſchließen, da hier ſo äußerſt divergirende Dinge ſind, und

Erbſchaftsvertrag auf der einen Seite von einer ſolchen die Rede ſeyn kann, aber immer in einem ganz andern Sinn, dort iſt es die Bewilligung einer unmittelbaren Ausſchließung von der Erbſchaft, hier ein Aufgeben durch Uebertragung vermöge einer vorher übernommenen Verpflichtung.

wenn man nun bei uns dieſen Schluß doch gemacht hat, ſo wurde man dazu theils dadurch, daß man auch den Erbvertrag als eine Obligatio anſah, theils durch zufällige Zuſammenſtellungen in römiſchen Texten, die durch die gemeinſame ſchon entſchiedene Ungültigkeit, alſo durch etwas ganz Oberflächliches veranlaßt waren, verleitet..

§. 2.

Von der Ungültigkeit der Verträge über die Erbſchaft eines Dritten nach Römiſchem Recht, und ihre Gründe.

1. Dieſe Ungültigkeit findet keineswegs allgemein und abſolut Statt. Zuförderſt iſt es eine entſchiedene Sache, wenn eine Erbſchaft, d. h. der Nachlaß eines Verſtorbenen ſchon wirklich vorhanden iſt, ſo kann über dieſen ganz gültig pacisciert werden, z. B. kann er auch verſchenkt und verkauft [85]) werden; war aber die Vorausſetzung, daß eine Erbſchaft ſchon gegenwärtig vorhanden ſey, irrig, ſo iſt dieß ein weſentlicher Irrthum, und der Contract iſt ſchon aus dieſem Grunde durchaus nichtig [86]). Mit dieſem Falle darf durchaus nicht, wie wohl geſchehen iſt, der Vertrag über eine künftige Erbſchaft als künftig verwechſelt werden, denn hier iſt der Vertrag keineswegs ohne Gegenſtand. Ueber künftige Sachen als ſolche, über eine Hoffnung (spes — alea) kann man bekanntlich der Regel nach gültig contrahiren [87]). Daß hier indirect über ſolche Sachen contrahirt wird, die in dieſem Augenblick noch einem Dritten gehören, kann an ſich gar kein Hinderniß ſeyn, da auch über fremde Sachen unſtreitig gültig contrahirt werden kann [88]), hier um ſo mehr, da erſt auf den

85) Tit. D. XVIII. 4. C. IV. 39.
86) L. 1. D. d. tit. — nihil actum est, quia in rerum natura non est, quod venit.
87) L. 8. pr. §. 1. L. 34. §. 2. D. de contrah. emt.
88) L. 15. §. 3. D. de usurpat. L. 9. §. 4. D. de pignor. act. L. 28. D. de contrah. emt. L. 15. D. commod.

Fall contrahirt wird, da sie schon aufgehört haben, Sachen des gegenwärtigen Eigenthümers zu seyn, da sie schon auf den Contrahirenden selbst devolvirt worden sind. Demnach tritt hier nun aber auch keinesweges allgemeine und absolute Ungültigkeit ein, sondern man muß noch ferner unterscheiden:

I) es wird schlechthin über eine künftige Erbschaft ohne Bestimmung des Erblassers (de hereditate incerti tertii) paciscirt; das ist durchaus gültig[89]), und es entsteht hier immer eine Obligatio zur künftigen Uebertragung gleich aus dem Contract, die auf eine nothwendige Singularsuccession im Verhältniß zum Erben gerichtet ist, nicht anders als wenn eine gegenwärtige Erbschaft verkauft wäre. Erbe oder Fideicommissar oder Legatar wird ein solcher, auf den übertragen werden muß, dadurch auf keinen Fall, keine Klagen gehn auf ihn über, gegen ihn geht keine Klage, und er kann sich in keiner Hinsicht auf eine Succession in den Nachlaß aus seiner Person berufen[90]).

II) es ist über die künftige Erbschaft eines bestimmten Dritten noch Lebenden paciscirt. Dieß ist regelmäßig ganz ungültig. So muß dieß wohl voraus gefaßt werden, denn daß die Einwilligung des Dritten selbst diesem Vertrage eine gewisse Gültigkeit verleihen kann, erscheint wie Ausnahme. In der klassischen Zeit kam es hierauf vielleicht gar nicht an.

89) Vergl. L. 3. §. 2. D. pro socio mit L. ult. C. de pactis. verb: quia non sunt — perventura — z. B. so: wenn mir irgend eine Erbschaft im nächsten Jahre anfällt, so will ich sie, d. h. ihr Ergebniß, auf dich übertragen, oder sie soll uns gemeinschaftlich seyn; oder so: jemand hat viele reiche Verwandte, von denen ihm Erbschaften zufallen können, und nun contrahirt ein Andrer mit ihm: wenn du noch 5 Jahre lebst, so gebe ich Dir für die Erbschaften, die Dir darin angefallen seyn werden, 10000 fl., oder ich gebe Dir gleich 1000 fl., wenn Du mir alle Erbschaften, die Dir künftig anfallen werden, übertragen willst; fallen Dir gar keine an, so behältst Du die 1000 fl.

90) Arg. L. 2. 5. C. de act. vend. L. 16. pr. D. de pactis. — L. 1. C. de act. vend. L. 41. D. de jure fisci u. L. 54. pr. D. de H. P. enthalten Privilegia des Fiscus. Vergl. Archiv f. d. civilist. Praxis. B. V. H. I. S. 37 ꝛc.

Aus dieſer Zeit haben wir nur Stellen[91]), die von der Indignität deſſen handeln, der die Erbſchaft eines Lebenden verſchenkte, der Fiscus ſoll ſie ihm entreißen, wenn ſie ihm nun wirklich zufällt. Daraus läßt ſich freilich abnehmen, daß der, welchem ſie verſprochen worden, ſie nicht fordern kann. Papinian gibt als Grund an, »quoniam adversus bonos mores et jus gentium festinasset.« Man könnte denken, es ſey dieſe Strafe auf ein augenblickliches Hingeben, was ſich denn aber auch bei einem Kauf denken läßt, beſchränkt geweſen, der heres in spe hatte ſchon verfügt, grade als wäre er jetzt ſchon Herr des Vermögens; allein die Stellen ſprechen von einer Schenkung des Vermögens als eines Ganzen oder einer Quote deſſelben, und dieſe war derzeit nur durch Stipulation möglich, außerdem hätten die einzelnen Sachen reſpective mancipirt oder tradirt ſeyn müſſen, und daß die Abſicht war, das Verſprechen vor dem Tode des Erblaſſers ſchon zu erfüllen, erhellt nirgends. Folglich darf dieß auch wohl von dem Verkauf der Erbſchaft auf den Fall des Anfalls verſtanden werden, nur um ſo mehr, da dieß noch unziemlicher iſt. Indeß läßt ſich kaum bezweifeln, daß die Strafe der Indignität alsdann nicht eintreten konnte, wenn der künftige Erblaſſer dieß Verfahren genehmigt hatte. Ob aber doch der Contract mit dieſer Genehmigung ausgerüſtet eine Obligatio bewirkte, ob er nicht vielmehr als ſolcher nichtig war, da es doch immer nicht würdig genug ſchien, de vivi hereditate sollicitum esse[92]), und eine praematura spes zum Gegenſtand eines Geſchäfts zu machen[93]); oder ob man es ſo vollaus gelten ließ, auch wenn vielleicht dieſe Genehmigung zurück genommen wurde, ſteht dahin: aus Juſtinians Aeußerungen über das alte Recht in L. ult. C. de pactis mögte ich eher das

91) L. 29. §. 2. D. de donat. (Papinian.). L. 30. eod. (Marcian.). L. 2. §. 1—3. D. de his quae ut indign. (Marcian.).

92) L. 2. §. 2. D. de vulg. substit.

93) L. 1. §. 21. D. de collat. bonor. L. 27. §. 4. D. ad SCt. Trebell.; gradezu handeln dieſe Stellen nicht von unſerm Falle.

Gegentheil vermuthen. Nur als ein Fideicommiß, oder als eine durch letzten Willen des Erblassers selbst vorgeschriebene Theilung, an welche die Erben nun streng gebunden waren[94]), ließ man es vielleicht bestehen. Justinian hat nun wirklich ein Zwitterding von Vertrag und letztem Willen, in L. ult. cit., hervorgebracht, indem er jedoch wenigstens die Anlage dazu schon in frühern Gesetzen, vielleicht auch Aeußerungen klassischer Juristen, zu finden glaubte; indeß sind diese, so wie namentlich die L. 2. C. Theod. cit., nicht in seine Gesetzsammlung aufgenommen worden. Verträge über die Erbschaft eines Lebenden sollen nur allein dann gültig seyn, wenn dieser selbst sie genehmigt, und bei dieser Willensmeinung bis an seinen Tod verharrt. Dieses Recht ist also auch nur das, von dessen Gültigkeit in Teutschland die Frage seyn kann. Ungeachtet der Zwitterhaftigkeit dieses Rechts hat dieß aber doch nun mit der Beerbung nichts zu thun, die Doppelseitigkeit betrifft nur die Requisite, keinesweges die juristische Wirkung, denn alles beruht hier am Ende auf Vertrag, der nur eines letzten Willens zu seiner Sanction bedarf, und dieser Vertrag bewirkt keine Beerbung ganz oder theilweise, sondern lediglich eine Obligatio zwischen dem, der ohnehin Erbe ist, und dem andern Contrahenten, der eine Forderung gegen ihn, aber kein Erbrecht erhält. Der Erblasser kann aber den Vertrag auch indirect dadurch wirkungslos machen, daß er ein Testament (nach Teutschem Recht auch einen anderweitigen Erbvertrag) errichtet, und den heres in spe nicht einsetzt. Damit ist die Genehmigung nicht zurück genommen, denn so wie der Vertrag, ist auch nur diese eventuell zu verstehen; dieß zeigt sich dann, wenn das Testament wieder aufgehoben wird, hier bedarf es keiner Wiederholung der Genehmigung. Also das ganze Geschäft ist weder ein Erbvertrag, noch ein letzter Wille.

94) Davon spricht L. 2. C. Theod. familiae herciſc. (Constantinus) ohne daß sich ersehen läßt, auf den Vertrag der Erben unter sich sey weiter Gewicht gelegt worden. Vergl. L. 10. C. Just. fam. herciſc.

2. Fragen wir nun nach den Gründen dieſer abſoluten oder relativen Ungültigkeit, die, ſo viel wir wiſſen, immer bei den Römern Statt fand; ſo ergibt ſich aus der obigen Aeußerung Papinian's in L. 29. de donat., verglichen mit den gelegentlichen Aeußerungen in den andern Stellen (S. 159—161.), daß die römiſchen Juriſten ſchon in der Voreiligkeit, womit über den Nachlaß einer noch lebenden Perſon verhandelt wurde, etwas Unwürdiges und Verwerfliches ſahen, was um ſo weniger durch Zwang der Gerichte unterſtützt werden dürfe, ja durch Entreißung der ganzen Erbſchaft, ſelbſt wenn ſie nur zum Theil ſo vergeben worden war, beſtraft werden müſſe, wenn es hinter dem Rücken des Erblaſſers geſchehen war. Wir haben ſchon oben (S. 159.) gezeigt, daß hier leichter der Verdacht einer Lebensnachſtellung geſchöpft werden könne, als bei Erbverträgen, nicht ſowohl der Thatſache ſelbſt als der Geſinnung wegen, die aus derſelben hervorgeht. Erbverträge ſind auch niemals etwas Verbotenes; hier iſt aber ſo weit verſtohlen oder doch gegen den Willen des Erblaſſers gehandelt worden, allerdings etwas Verbotenes und ſchon als Beleidigung des Erblaſſers Unerlaubtes vorhanden. Nicht bloß die Beleidigung, ſondern auch wirklich die Gefahr für den Erblaſſer kann dadurch erhöht werden, daß ſich ſo ein ihm ganz fremder Mann in die Succeſſion dem Effect nach eindrängen kann. Aber es läßt ſich nirgends deutlich erkennen, daß Gefahr der Lebensnachſtellung durchaus dieſem Recht zum Grunde gelegt worden, vielmehr iſt erſichtlich, daß die Unziemlichkeit einer ſolchen frühzeitigen Betriebſamkeit ſchon an und für ſich als hinreichend angeſehn wurde, einem ſolchen Vertrage alle Wirkung zu benehmen. Um die häufigen Vergiftungen und Meuchelmorde aus der ſittenloſeſten Zeit der Römer hieher zu ziehn, hat man L. 11. C. de transact. (Valerianus etc.) angeführt, wo ein Erbvergleich zwiſchen Brüdern nach dem Tode des gemeinſamen Vaters durch die Bemerkung beſtärkt wird: »remoto captandae mortis alterius voto improbabili.«

Allein nicht einmal in den Worten liegt hier nothwendig die Vermuthung einer Lebensnachstellung für den entgegengesetzten Fall, denn man kann mit allen Sinnen Verlangen haben nach dem Tode eines Andern, und mit seinen sehnsüchtigsten Wünschen darnach haschen, ohne so verrucht zu seyn, ihn zur Erfüllung seiner Wünsche umbringen zu wollen. Zudem ist hier, wie so oft in den Constitutionen der spätern Kaiser, die Rede etwas mehr erhoben als nöthig war, und man hätte mit Papinian's festinare adversus bonos mores et jus gentium, und Julian's sollicitum esse de vivi hereditate ausreichen können. Auch in Justinian's L. ult. cit. muß man in den blühenden Styl des Kaisers nicht zu viel Bedeutung legen, wenigstens diese nicht in die Vorzeit, wo dieses Recht wenigstens gewiß nicht minder Statt fand, zurückziehn. Was kann auch allgemeiner seyn, als wenn Justinian sagt: »omnes hujusmodi pactiones odiosae esse videntur?« Und wenn er hinzufügt: sie wären »plenae tristissimi et pericolosi eventus, so darf man dabei, wenn man die Superlative nur nicht zu teutsch nimmt, noch nicht durchaus und allein an Meuchelmord denken. Es können damit auch Verführungen und schändliche Uebervortheilungen der Erbberechtigten in Hoffnung gemeint seyn. Es kommen ja bekanntlich auch andere Bestimmungen in den Gesetzen vor, durch die man dem Leichtsinne unerfahrner und übereilter Menschen vorzubeugen suchte, so das Sctum. Macedonianum, wovon die Veranlassung ein Mord war, aber nicht die Grundursache, so ferner, daß über vermachte Alimente nach röm. Recht nicht ganz frei contrahirt werden kann, daß nach den Reichsgesetzen man nicht die Frucht auf dem Halme kaufen kann u. s. w. Bei der Schenkung ist ja die Lex Cincia ein allgemeines Beispiel, wie man die Leichtfertigkeit auch Großjähriger unschädlich zu machen suchte. In unsern Fällen ist so leicht möglich, daß z. B. ein Sohn um die Erbschaft seiner Eltern gebracht wird, indem der Reiz einer augenblicklich hingezahlten Summe seiner Ungeduld, eignes

Vermögen zu erhalten, Flügel anſetzt, vielleicht nur um ſo eher, wenn er ſchon zu den Jahren gekommen iſt, in denen man ſich eine ökonomiſche Selbſtſtändigkeit wünſcht. Und an eine ſolche Gefahr, der ſich natürlich durch die Zuziehung des Erblaſſers ſelbſt am beſten entgegenwirken läßt, kann Juſtinian wenigſtens mit gedacht haben. Es iſt ſchon richtig bemerkt worden, daß wenn man nur auf Lebensgefahr für den Erblaſſer ſehen wollte, dieſe leicht noch dadurch erhöht werden könne, daß Juſtinian ihm Zurücknahme ſeiner Genehmigung jederzeit freigelaſſen hat, denn da der Erbe an den Vertrag gebunden iſt, ſo kann der Dritte ſich alles dadurch ſichern, daß er dem Erblaſſer den Widerruf mit ſeinem Lebensfaden zugleich abſchneidet [95]).

So iſt alſo die Urſache dieſes Rechts eine ſehr zuſammengeſetzte, und es iſt unhiſtoriſch, allen Grund dazu in der Sittenloſigkeit und Verruchtheit der Römer, oder ſonſt in einer Eigenthümlichkeit ihres öffentlichen oder Privat-Lebens finden zu wollen.

§. 3.

Gültigkeit nach Teutſchem Recht.

1. Die beiden neueſten Compendien des Teutſchen Privatrechts haben ſich für die unbedingte Gültigkeit auch ohne Genehmigung des Dritten, über deſſen Erbſchaft man contrahirte, entſchieden [96]). Mit welchen Gründen die Verfaſſer derſelben dieſe Behauptung in ihren Vorleſungen unterſtützen, iſt mir unbekannt. Eichhorn ſchließt daraus, daß nach einer entſchiedenen Praxis alle Arten von Erbverträgen die Ver-

95) In der L. ult. cit. gehört es zur Charakteriſtik Juſtinianiſcher Geſetzgebung, daß er ſich am Schluß in die allgemeine Behauptung verläuft, über fremde Sachen dürfe man nicht gegen den Willen des Eigenthümers paciſciren, denn in dem einen Sinn iſt dieß als Regel falſch, in dem andern gehört es gar nicht hieher.

96) Mittermaier Grundſ. des gem. D. Privatr. §. 402. vor Not. 5. — Eichhorn Einleit. in das D. Privatr. §. 341. Not. d.

muthung der Gültigkeit für sich hätten, auf das Hinwegfallen der in L. ult. C. de pactis cit. enthaltenen Beschränkung. Auch Thibaut am bei Eichhorn angeführten Orte [97]) hat diesen Schluß, bezieht sich denn doch aber wegen des Weiteren auf das Teutsche Privatrecht. Die Unzulässigkeit dieses Schlusses habe ich im Vorigen darzuthun gesucht. Mittermaier beruft sich auf Reinharth's bekannte Dissertation [98]), und Eichhorn führt außer dieser noch die Dissertation von Hebestreit [99]) an. Diese beiden Erfurter Dissertationen können keine Auctoritäten mehr für uns seyn, und sind auch wohl grade nicht in diesem Sinne dort angeführt worden. Ich will ihnen keinesweges ihren Werth für ihre Zeit absprechen. Die Hebestreit'sche ist ohne Frage die beste, und enthält manche sehr gute Entwicklung [100]). Aber beide theilen die meisten Vorurtheile der damaligen Periode, von denen schon mehrmals die Rede gewesen. Sie haben auch beide den Grundfehler gemein, daß sie hier, wo am Ende doch von einem positiven Recht die Rede ist, aus der Natur der Sache, oder, wie sie es nennen, aus dem Naturrecht oder der natürlichen Moral raisonniren und deduciren, und sich dabei fast in eine feindliche Position gegen das Gesetz stellen [101]).

97) System des Pandektenr. §. 678.

98) De pacto circa hereditatem tertii etc. Erford. 1718. 4.

99) Vindiciae veri valoris pactor. successorior. Erford. 1768. 4.

100) Z. B. hat der Verfasser sehr gut eingesehen (§. 48 ꝛc.), daß wenn auch die Römer von den Pactis de hereditate propria zusammt den Pactis de hereditate tertii sagen, daß sie gegen die guten Sitten sind, dieß bei jenen in einem ganz andern Sinne zu nehmen sey, wie bei diesen, wenn er auch diesen Sinn selbst nicht allenthalben völlig ergründet, so weit das möglich ist. Ferner hat er §. 23. richtig angegeben, daß die L. 19. C. de pactis gar nichts enthält, was einen Erbvertrag unter Milites als solchem Gültigkeit verleihen könnte u. s. w.

101) So z. B. sagt Hebestreit §. 63: Ludewigius ad verba Justiniani provocat, *cui* tamen, *cum de jure naturae disputamus*, non plus auctoritatis tribuimus, quam ipsi Ludewigio"; und Reinharth §. 32: „rationibus solidis et genuinis, *non* auctoritatibus Legum civilium moralitas actionis est demonstranda" — Reinharth ist aber keinesweges seiner Ueberzeugung treu geblieben, sondern hat ungefähr zwanzig Jahre später dagegen respondirt, s. dessen Observ. ad Christinaeum V. I. obs. 12.

2. Wenn ſich auf befriedigende Weiſe darthun ließe, daß die römiſche Anſicht lediglich aus einem Irrthum hervorgegangen ſey, und daß es für unſittlicher zu halten ſey, die Erfüllung ſolcher Verträge, die der Erblaſſer nicht bewilligte, nicht zu erzwingen, als ſie einzugehn, ſo würde das nur in ſo fern von Erheblichkeit ſeyn, als ſich dadurch eine Wahrſcheinlichkeit unterſtützen ließe, daß die Teutſchen, frei von einem ſo ſingulären Irrthume, ein entgegengeſetztes Recht immer bei ſich gehegt hätten, abgemacht wäre die Sache dadurch noch nicht. Allein an eine ſolche Befriedigung iſt hier keinesweges zu denken. Die Demonſtration in den angeführten und ähnlichen Schriften dreht ſich faſt immer um den Punkt der alten teutſchen Treue und der von Tacitus ſchon gerühmten unerſchütterlichen Redlichkeit unſrer Vorfahren. Wie wenig dieſe hier austragen könne, und wie man dieß überhaupt ganz falſch und unhiſtoriſch genommen habe, iſt ſchon oben (S. 168 ꝛc.) genugſam auseinander geſetzt worden, und gewiß dieſe Täuſchung gehört unſrer Zeit nicht mehr an. Wo das römiſche Recht nicht Indignität und Entreißung der ganzen Erbſchaft eintreten ließ, da war es zuverläſſig jedem Erben unverwehrt, den Vertrag, den er bei Lebzeiten ſeines Erblaſſers über deſſen Erbſchaft geſchloſſen hatte, nun nach deſſen Tode auch getreulich zu erfüllen, z. B. auch noch nach der L. ult. C. de pactis, wenn die anfangs ertheilte Genehmigung des Erblaſſers zurückgenommen wurde, obgleich dadurch aller Zwang aufhörte. Entriß man auch dem Indignus die Erbſchaft, ſo konnte man ihn doch nicht der Treuloſigkeit beſchuldigen, wenn er ſonſt bereit war, dem Vertrage nachzukommen. So haben alſo Zwangsrecht und Treue hier nichts mit einander gemein.

3. Doch könnte man denken, daß hier, wo von einem obligatoriſchen Vertrage die Rede iſt, anders wie beim Erbvertrage, der nicht obligatoriſch iſt (S. 201 ꝛc.), die heutige Regel, möge ſie nun herrühren woher ſie wolle, in Betracht gezogen werden müſſe, nämlich die, welche jedem Vertrage

eine Klage beilegt. Allein, wie ſchon früher iſt bemerkt worden, dieſe Regel ſagt nichts anderes, als: es bedarf regelmäßig keiner eignen Form, um einen Vertrag klagbar zu machen. In unſerm Falle aber iſt der Vertrag nach röm. Recht durchaus nicht deshalb ungültig, weil er formlos eingegangen worden — keine Stipulation konnte ihm darnach einige Kraft verleihen; — ſondern weil er für unſittlich gehalten wurde. In dieſem Tenor liegt es, auch die Spielverträge, die bekanntlich nach röm. Recht ebenfalls nichtig ſind, nach heutigem Recht für gültig anzuſehn, zumal wenn man bedenkt, daß Tacitus grade in dieſer Beziehung erzählt, wie die Germanen eine faſt übertriebene Treue bewieſen hätten [102]), und es auch noch heut zu Tage die Ehre erfordert, das im Spiel Verlorne redlich zu bezahlen.

4. Sehen wir nun noch einmal zurück auf die Gründe, weswegen nach dem, was im vorigen Paragraphen gezeigt worden, die Römer befugt ſeyn konnten, den in Rede ſtehenden Vertrag als gegen gute Sitte verſtoßend anzuſehen; ſo ſind es, ganz anders wie die, welche die Unziemlichkeit und Ungültigkeit der Erbverträge bei ihnen verurſachten, ſolche, die in jedem Volke und zu jeder Zeit im Allgemeinen dieſelbe Kraft beweiſen, auch wo keine Giftmiſchereien an der Tagesordnung ſind. Die gewiß viel zu einſeitige Vorſtellung, daß die Häufigkeit heimlicher Lebensnachſtellungen das eigentliche Motiv dieſes ſonderbaren Rechts bei den Römern geweſen ſey, iſt es z. B. auch, von der Hebeſtreit in der angeführten Schrift (§. 54.) ausgeht, indem er die Beſchränkungen des röm. Rechts hinwegzuräumen trachtet. Geſetzt, dem wäre ſo,

102) „Ea est in re prava pervicacia, ipsi fidem vocant“ German. c. 24. Von Reinharth (thes. 10.) und Andern wird dieſe Stelle gar an die Spitze der ganzen Argumentation aus der Germanica fides geſtellt. Bei uns gibt es doch auch noch Ehrenmänner, die keine Spielſchuld unbezahlt laſſen, gegen die Bezahlung der Rechnungen armer Handwerker aber einen unüberwindlichen Widerwillen zeigen. Wie nahe lag es hier, die Schiefheit und Seichtigkeit ſolcher gleichſam geſchichtlichen Argumente einzuſehen.

und es würde dieſe Meinung doch nicht mehr Unterſtützung verdienen, als die Meinung Einiger, daß das bekannte Recht der Nautae, Caupones, Stabularii, weil ſolche Leute heut zu Tage viel gentiler und zuverläſſiger zu ſeyn pflegten, jetzt nicht mehr gelten könne, eine Meinung, die von unſrer Praxis nicht recipirt worden iſt. Aber, wie gezeigt worden, es verhält ſich wirklich nicht ſo damit. Die tiefer liegenden Gründe ſind ſo natürlich und allgemein menſchlich, daß man ſie niemals verreden kann. Man frage nur ſein Gefühl: in neueſter Zeit ſo gut wie in älteſter wird z. B. ein Vater ſich nicht dadurch geſchmeichelt fühlen, wenn ſeine Kinder bei ſeinem Leben und hinter ſeinem Rücken ſeinen Nachlaß unter ſich theilen, wenn auch nur auf dem Papier, oder wenn ein Kind wohl gar ſeinen Erbtheil an einen Fremden verhandeln wollte. Es iſt auch immer die gleiche Gefahr für das Letztere, bei einem ſolchen Handel betrügeriſch übereilt und übervortheilt zu werden, ohne daß ſich das immer nachweiſen läßt, wovon noch am Schluß dieſes Capitels ein lebendiges Beiſpiel angeführt werden ſoll. Daß es aber in unſern Tagen und bei ſo hoher Verfeinerung der Sitten ganz an Gefahr für das Leben deſſen, dem ein ſolcher Vertrag verheimlicht wird, ungeachtet dieſer doch ſein Vermögen angeht, fehlen ſollte, davon kann ich mich auch nicht recht überzeugen, zumal wenn man hier an Speculationen denkt, die von einzelnen Perſonen in größerem Umfange hier gemacht würden, und die das Zwangsrecht dann gewehren müßte[103]). Alſo Unziemlich-

103) Noch kürzlich haben alle Zeitungen von einer Giftmiſcherin in einer ſehr nördlich gelegenen Stadt erzählt, die ein noch unüberſehbares Unglück angerichtet haben ſoll. Die Wahrheit kann ich natürlich nicht verbürgen. Aber man hat uns die Ehre erzeigt, grade in unſrer nordiſchen Kaltblütigkeit die größte Sicherheit gegen ſolche Uebel zu ſehen. Leyser Spec. 43. med. 3. in f. Die Seltenheit der Beiſpiele, daß ſo etwas entdeckt worden, iſt auch kein eben ſtarkes Argument, denn weiß man es damit, wie viele Frevel dieſer Art unentdeckt geblieben? Die Giftmiſcher der neuern Zeit konnten ja vielleicht nur geſchickter und weniger frech ſeyn. Doch bekenne ich gern, daß mir es hiemit nur halb Ernſt iſt, denn nach meiner Anſicht iſt das von geringer Erheblichkeit.

keit und Beleidigung gegen den Erblaſſer, ja oft wahre Niederträchtigkeit, und Gefahr nach allen Seiten hin (»pactiones odiosae et plenae tristissimi et periculosi eventus«) iſt immer noch dieſen Verträgen nicht abzuſprechen, zumal wenn ſie mit abſichtlicher Verheimlichung gegen den Erblaſſer oder gar wider ſein Verbot eingegangen werden.

5. Alles dieſes würde freilich gar nichts bedeuten, wenn ſich darthun ließe, daß das römiſche Recht auch in dieſem Betracht durch einen gemeinen teutſchen Rechtsgebrauch gleich zurückgewieſen, oder ſpäter verdrängt worden ſey. Wenn man aber nur den irrigen Schluß von den Erbverträgen aufgibt, ſo wird ſich dieß, gewiß nicht zum Nachtheil unſers praktiſchen Rechts, — wohl niemals nachweiſen laſſen. Im Gegentheil läßt ſich wahrſcheinlich machen, daß die Reception ſchon ſehr früh und in einer Zeit, wo man den wahren Erbverträgen keineswegs ungünſtig war, geſchehen iſt. Schon in einem Capitulare[104]) wurde die L. 2. C. Theod. famil. hercisc. faſt wörtlich aufgenommen, von welchem auch Heineccius[105]) glaubt, daß die fränkiſche Geſetzgebung dabei die Abſicht gehabt habe, eine klare Vorſchrift den mit ſolchen Verträgen getriebenen Misbräuchen entgegen zu ſetzen. Dieß Geſetz kann zwar nicht für das urſprünglich teutſche Recht, welches uns unbekannt iſt, wohl aber für die frühe Reception angeführt werden. Im Schwabenſpiegel[106]) wird ſogar unbedingt

104) Lib. VII. c. 328. Nulli quidem de bonis nsurpandis virorum (l. vivorum C. Th.), nec dividendi contra bonos mores concessa licentia est; sed praecipiente patre divisionem ab eo factam durare, si modo usque ad extremum ejus vivendi spatium voluntas eadem perseverasse doceatur. — Im Cod. Theod. lautet der Nachſatz ſo: sed si praecipiente matre bona ejus inter se liberi diviserint, placuit omnifariam nobis hujusmodi divisionem durare, si modo usque ad extremum etc. Die Abkürzung zeigt, daß dieß damals von einer letzten willigen Vertheilung des Erblaſſers ſelbſt, ohne weitere Beachtung des Vertrages, verſtanden wurde. Vergl. oben S. 225.

105) Elem. jur. germ. II. 6. §. 147.

106) *Senkenberg* Corp. jur. germ. T. II. c. 278. „Eyn weib mag irem mane keyn erbe geben das ſy dennocht nicht geerbet hat, und des ſy noch wartet zu erben. Und das mag auch desgleichen der

Ueberlaſſung ſolches Guts, was man noch zu erben erwartet, verworfen, und es ſieht gar nicht ſo aus, als ob dieß aus dem römiſchen oder canoniſchen Recht entlehnt worden, zumal da die Bedingung der Gültigkeit, wie ſie das Römiſch-Juſtinianiſche Recht enthält, ſich hier nicht findet [107]). Es wäre alſo wohl keine durchaus verwerfliche Vermuthung, daß man urſprünglich in Teutſchland, oder doch in einem großen Theile deſſelben, unter Privatleuten ſolche Verträge für ganz und abſolut unwirkſam hielt. Sollte dieß aber dennoch aus dem römiſchen Recht entlehnt, und nur die nähere Beſtimmung weggelaſſen ſeyn, ſo würde es doch wieder für die Reception ſprechen. Der Sachſenſpiegel enthält über dieſen Gegenſtand gar nichts, denn daß B. 2. Art. 30 ganz irrig davon verſtanden worden, iſt ſchon oben (S. 187.) gezeigt worden.

6. Es bleibt alſo wohl nichts Anderes übrig, als darzuthun, daß das frühere dem römiſchen conforme Recht durch ſpätern Rechtsgebrauch wieder aufgehoben worden. Hiervon müßte man denn aber den ſtrengſten Beweis verlangen. Ver-

man ſeynem weibe. Alſo mag auch nyemand dem andern keyn erbe geben der es nicht geerbet hat.“ Im Cod. Ambr. daſelbſt ſteht dieß Cap. 33. med.

107) Nach Hebeſtreit a. a. O. §. 66. muß hier der Compilator dieſes Rechtsbuchs nur gefällig geweſen ſeyn gegen den Papſt, was aber dem Capitel ſelbſt niemand anſehen wird. Heineccius, den er da anführt, ſpricht nicht einmal hiervon, ſondern von Teſtamenten, bei deren Aufrechthaltung die Kirche ein Intereſſe gehabt habe. Aber was hatte denn dieſe oder der Papſt für ein Intereſſe dabei, daß ein Vertrag über die Erbſchaft eines lebenden Dritten abſolut ungültig ſey? oder konnte denn das den Teſtamenten zu Ehren verhelfen, daß man die Erbverträge, ächte und unächte, gering ſchätzte und für nichts achtete, und mußte nicht dieſe in vielen Fällen dem Intereſſe der Kirche, wenn für ſie contrahirt war, noch willkommener ſeyn als Teſtamente? Freilich wo durch einen Erbvertrag bloß das alte teutſche Inteſtaterbrecht geſichert werden ſollte, da konnte dieß, wenn an die Kirche dabei gar nicht gedacht wurde, anſtößig ſeyn, und da mogte es dienlich ſcheinen, lieber die Geiſtesſchwäche eines Sterbenden zu benutzen; aber daß die Kirche überhaupt eine beſtimmte Tendenz gegen die Erbverträge gehabt habe, kann man doch nicht nachweiſen. Aber geſchwankt hat man hier gewiß vielfältig. Mit dem Erbſchaftsvertrage iſt es aber offenbar auch in dieſer Hinſicht ganz anders, da er bloß ein eventuelles Recht gibt, und die Freiheit zu teſtiren nicht hindern kann.

gleicht man dieß mit dem Recht der ächten Erbverträge, so wird die Möglichkeit eines solchen Beweises einigermaaßen dadurch unwahrscheinlich, daß die Germanisten von Ruf und und Namen wohl ohne Ausnahme sich für die volle Gültigkeit dieser erklärt haben; wogegen sich mehrere Gelehrte nennen lassen, die sich viel mit teutschen Rechtsquellen beschäftigt haben, und namentlich auch angesehene Praktiker, die von der Gültigkeit der Verträge über eine fremde Erbschaft unter keiner andern, als der nach röm. Recht vorgeschriebenen Bedingung etwas wissen wollen [108]). Wenigstens also eine feststehende Opinio Doctorum [109]), die ein dem römischen Recht

108) Ich nenne nur *Puffendorf* Obs. iur. un. III. 12. *Heineccius* Elem. iur. Germ. II. 6. §. 168. *Leyser* Spec. 375. med. 27. *Berger* Oeconom. iur. II. 4. §. 48. no. 1. *Stryk* Success. ab int. Diss. 8. c. 8. §. 6. u. f. w. Runde Grundſ. des gem. D. Privatr. iſt hierüber nicht ganz deutlich, da man nicht recht weiß, ob das §. 656 Geſagte bloß vom römiſchen oder auch vom teutſchen Recht gelten ſolle, ich halte mich aber überzeugt, daß er für meine Meinung reſpondiren würde, wenn er noch unter den Lebenden wäre.

109) Daß Reinharth ſeiner der unbedingten Gültigkeit günſtigen Meinung, ungeachtet er ſie in einer eignen Schrift vertheidigt hatte, ſpäter ungetreu geworden, haben wir ſchon angeführt (not. 101). Vergl. auch noch Cocceii ius. controv. II. 14. §. 8. — In Frankreich vor dem Code civil hielt man ſich hier im Ganzen ſtreng an das Römiſche Recht, indem der Inhalt der L. ult. C. de pactis allgemein recipirt war, wenn auch in einigen beſondern Fällen unter allerlei Vorwand verſucht ward, das Erforderniß der beharrlichen Genehmigung des künftigen Erblaſſers zu entfernen. *Merlin* Rep. institut. contr. p. 252. 484. vgl. mit Art. Renonciation a. u. s. f. p. 43. ꝛc. ꝛc. Unter den Ausnahmen die man geltend zu machen ſuchte, ſind merkwürdig: 1) wenn man das ius repraesentationis unter Geſchwiſtern des röm. Rechts, wo das franz. Gewohnheitsrecht entgegen war, durch den Vertrag herſtellte. Das ſey bloß ein pactum de conservando iure, quod per legem impediebatur. Das iſt derſelbe Irrthum, welcher Teutſche Juriſten verleitete es für einen conſervativen Erbvertrag zu halten, wenn dadurch mit Ueberſchreitung des Statutar-Rechts das Inteſtaterbrecht des röm. Rechts hergeſtellt würde (ſehe oben not. 54.); das letztere wurde hier wie eine Art Natur- und Vernunftrecht behandelt, wenigſtens immer als die herrſchende Norm, die nur verdeckt iſt durch das einheimiſche Recht. Diesmal ward dadurch dieſem Vernunftrecht ſelbſt die Krafe benommen; aber es fand das auch keine allgemeine Billigung. 2) Wenn der künftige Erblaſſer zur Zeit des Vertrages wahnſinnig ſey, ſo meinte man, könne die fehlende Einwilligung kein Hinderniß ſeyn. Dieß mögte dem röm. Recht keineswegs gemäß ſeyn, wenn auch ſonſt wohl ein-

widerstrebendes Gewohnheitsrecht hätte erzeugen können, oder davon Zeugniß geben könnte, ist nicht vorhanden. Keiner hat auch noch einen gemeinen Gerichtsgebrauch in Widerspruch mit dem römischen Recht nachgewiesen. Hebestreit a. a. O. bezieht sich, nachdem er ein weitläufiges Raisonnement über die Natur der Sache geführt hat, in §. 68 auf ein paar dürftige Beispiele, die bei Heineccius [110]) und bei Böhmer [111]) stehen sollen. Die Stelle bei Heineccius ist dieselbe, wo er erzählt, daß einmal ein solcher Erbvertrag über die Erbschaft der Brunhilde geschlossen, daß dieß aber nachher durch die Capitularien verboten worden, und er ist, wie schon angeführt wurde, selbst gegen die Gültigkeit solcher Verträge. Der angeführte Paragraph in Böhmer's Dissertation enthält einen Vertrag über die Succession in die Churpfalz. Daraus aber daß dann und wann einmal ein Erbschaftsvertrag eingegangen und vielleicht friedlich erfüllt worden, kann gar nichts geschlossen werden, da dieß ungehindert der Gültigkeit des römischen Rechts auch noch jetzt geschehen kann, wenn die Parteien ih-

mal, aber in ganz andern Verhältnissen, der Consens wegen Wahnsinn fingirt wird. Die Genehmigung des Curator furiosi kann auch diesen nicht ersetzen, da der Consens in L. ult. wie ein Letzter-Wille behandelt wird, den kein Vormund für uns haben kann. Allein man sagte, durch einen solchen Vertrag würde das Leben des Wahnsinnigen eher erhalten als gefährdet, indem durch denselben der Friede unter den nahen Verwandten (an diese und an eine anticipirte Erbtheilung unter diesen wird hier immer gedacht) erhalten und gesichert werde. So führt hier immer ein Abweg auf den andern. Uebrigens haben die franz. Juristen hier auch keineswegs reine Begriffe, u. sie verwechseln öfterer den Erbschaftsvertrag mit dem Enterbungsvertrag, weil bei beiden eine Entsagung vorkommen kann. Merlin bemerkt sehr richtig, daß hier nie eine Institution contractuelle sey, aber p. 293. col. 2. med. heißt es: „es entständen Intestaterben durch den Erbschaftsvertrag". Dieß ist ganz irrig, da hier niemals die Beerbung, sondern nur ihr Erfolg geändert wird. — Nach dem Code N. §. 1130 ist jeder Vertrag über eine noch nicht angefallene Erbschaft, selbst wenn der Erblasser ihn genehmigte, absolut nichtig. Toullier le droit civil T. VI. p. 116.

110) a. a. O. §. 147.

111) De successione hereditar. coniug. ex pact. dotal. §. 12.

rem erſten Entſchluß getreu bleiben. Am wenigſten gilt der Schluß, wenn die Beiſpiele aus Succeſſionsverhältniſſen, die Land und Leute betreffen, hergenommen ſind, denn da muß, weil da Rückſicht auf Erhaltung des Friedens und Entfernung alles Erbſtreits durch gütliche Vereinbarung alle andern Rückſichten überwiegt, die Rechtsanſicht nothwendig eine ganz andre ſeyn. Bei Privatverhältniſſen iſt darauf zu ſehen, ob es über die Gültigkeit der Verträge zum Streit gekommen iſt, und ſich ſo viele gerichtliche Entſcheidungen hier und dort nachweiſen laſſen, daß ſich daraus ein gemeiner Gerichtsgebrauch für die unbedingte Gültigkeit abnehmen läßt. Dieß würde wenigſtens ein erhebliches Moment ſeyn. Mit dieſem Beweis hat es aber, ſo viel ich weiß, noch niemand verſucht; vielmehr ſind mehrere bedeutende Urtheile gegen die Gültigkeit ſchon früher angezogen worden [112]). An dieſe kann ich wohl ohne Anmaaßung einen Rechtsfall, der im hieſigen Spruchkollegium vor ungefähr drei Jahren entſchieden worden iſt, anreihen, zumal da er meiner Anſicht mehr Anſchaulichkeit gewährt.

7. Ein junger Menſch, der erſt kürzlich die Jahre der Mündigkeit erreicht hatte, trat ſeinen väterlichen Hof an. Dieſen hatte inzwiſchen, nach dem Tode ſeines Vaters, ſein Stiefvater als Interimswirth beſeſſen und verwaltet. Der Antretung des Sohnes ging eine Auseinanderſetzung vorher. Durch dieſe war dem Interimswirth ein beträchtlicher Altentheil zugeſichert. Die noch auf der Stelle haftenden Schulden ſollte der neue Wirth übernehmen oder ſie mit zu gleicher Summe taxirten Ländereien gleich abtragen. Aber der Interimswirth hat ſchon ſelbſt Schulden der Stelle, nämlich 700 Thlr. abgetragen, für dieſe verſchreibt ſich der Sohn, und er ſoll ſie von dem verabredeten Termin der Antretung an verzinſen. Dieſer Termin wird dann auf ein Jahr verſcho-

112) *Puffendorf.* obs. 12. cit. §. 5. *Berger* l. c. *Carpzov* P. II. c. 35. def. 19. *Cocceii* l. c. §. 4.

ben, und in einer zweiten, die erſte ergänzenden Verabredung, wird denn auch die Verzinſung der 700 Thlr. bis zu dieſem verſpäteten Termin verſchoben. Dieſer neuen die Zinſen betreffenden Beliebung wird eine Entſagung des Sohnes auf den Nachlaß ſeiner noch lebenden Mutter zum Beſten ſeines Stiefvaters hinzugefügt. Hinſichtlich des Altentheils wird noch verabredet, daß wenn Einer der beiden Eheleute, die Mutter oder der Stiefvater ſterben würde, die Hälfte des Altentheils dem Hofe anheim fallen ſollte. Der Sohn tritt nun an, und das Ganze der beiden Verabredungen wird dann gerichtlich vollzogen. Die Mutter hatte an allem dem keinen Antheil genommen, auch zu dem gerichtlichen Akt war ſie nicht zugezogen oder ihrer dabei erwähnt worden, Sie lebte noch ungefähr 12 Jahre nach dieſer Zeit, und der Behauptung ihres Sohnes, daß ſie niemals in die Entſagung deſſelben auf ihre Erbſchaft gewilligt habe, iſt nicht widerſprochen worden. Dieß ſind die erheblichen Thatſachen alle. Nach dem Tode der Mutter erhob ſich ein Streit zwiſchen Sohn und Stiefvater, indem dieſer jenem die Herausgabe der mütterlichen Erbſchaft, die ungefähr 6 bis 700 Thlr. betrug, verweigerte, lediglich aus dem Grunde, weil ihm von dem Sohne die Erbſchaft durch einen Erbvertrag, wie er es nannte, überlaſſen worden war. Keine Aufmerkſamkeit verdiente der Einwand des Klägers, daß dem Beklagten aus einer bloßen Entſagung die Erbſchaft nicht habe deferirt werden können, denn allerdings war hier kein renuntiativer Erbvertrag (Enterbungsvertrag) und überall kein Erbvertrag, da dieſer nur mit der Erblaſſerin hätte geſchloſſen werden können; aber es konnte dennoch ſeyn, daß der Erbe aus dem Vertrage dem Stiefvater obligirt war, ihm die Erbſchaft zu laſſen. Gleichfalls war die Behauptung des Klägers, daß er zur Zeit des Vertrages in dem Wahn geſtanden habe, nicht er, ſondern ſein Stiefvater ſey der rechte Erbe der Mutter, nicht zu beachten; denn

wozu bedurfte es dann der Entſagung? und auf jeden Fall war das ein ſo grober Rechtsirrthum, daß er ſelbſt an einem Ruſticus keine Entſchuldigung finden konnte. Mehr Aufmerkſamkeit verdiente ſchon daß Vorgeben, daß es dem Verzicht an aller Causa fehle, es ſey keine in der Akte angeführt, es ſey auch kein Motiv vorhanden geweſen, der Stiefvater habe nur ſeine damalige Unerfahrenheit benutzt, und ihn durch falſche Vorſpiegelungen hintergangen. Dieſe Einrede des Dolus war aber durch keine beſtimmt angegebenen Thatſachen begründet und ſo konnte auch kein Beweis darauf erkannt werden. Alles drehte ſich alſo um den letzten Einwurf gegen die Gültigkeit des Vertrages, daß die zur Zeit der Vollziehung noch lebende Erblaſſerin nie in denſelben eingewilligt hatte. War dieſe Einwilligung nach dem Recht wirklich nöthig geweſen, ſo konnte auch die gerichtliche Vollziehung dieſes Requiſit nicht entbehrlich machen. In zwei Inſtanzen hatte man aber ſchon darauf gefußt, daß nach gemeinem teutſchen Recht (denn auf beſonderes Statut oder beſonderen Rechtsgebrauch berief man ſich nicht) das Requiſit des römiſchen Rechts: Genehmigung des Erblaſſers, hinweggefallen ſey, und hatte demnach den Kläger unter Erſtattung der Koſten abgewieſen; als die Akten zur endlichen Entſcheidung an das hieſige Spruchcollegium gelangten. Hatte es mit der rechtlichen Vorausſetzung der vorigen Urtheile insgemein ſeine Richtigkeit, ſo konnte hier, wo beſtimmte Data fehlten, auch die Verdächtichkeit in concreto der Beſtätigung jener Urtheile nicht im Wege ſtehen. Eine ſolche Verdächtigkeit war ohne Zweifel vorhanden. Denn wie auffallend mußte es nicht ſchon ſeyn, daß aus dem Zuſammenhang des ganzen Geſchäfts auch nicht der mindeſte Beweggrund für den Sohn, auf einen ſeinen Umſtänden nach nicht unbeträchtliche Erbſchaft ſeiner Mutter zu verzichten, hervorging! der Stiefvater hatte ihm nichts geſchenkt, alle Schulden bezahlte oder unbezahlte wurden die ſeinigen, auch dem Stiefvater ſollte er Zinſen zahlen, daß

nach der neuen Verabredung die Hälfte des Altentheils bei dem Tode des einen der Eheleute hinwegfallen ſollte, war wegen des dadurch verminderten Bedürfniſſes an ſich natürlich und konnte auch kein Erſatz ſeyn für die Erbſchaft; damit wird auch in der Akte der Verzicht nicht wörtlich in Verbindung gebracht, ſondern mit der ein Jahr ausgeſetzten Zinszahlung, dieſe Ausſetzung trifft aber mit der eben ſo lange ausgeſetzten Antretung der Stelle zuſammen. Auf die Weiſe entſteht von ſelbſt die Vermuthung, daß der Sohn großes Verlangen hatte, nach dem Beſitz ſeines väterlichen Hofes, daß ihn aber der Stiefvater damit hinhielt, und mit ſeiner beträchtlichen Schuldforderung zurückdrängte, ſo daß dieſer in jugendlicher Uebereilung, um nur ſchnell zu ſeinem Zweck zu gelangen, ſonſt ohne allen Grund, eine Erbſchaft preis gab, deren Werth er nicht zu ſchätzen verſtand; und die er ſich auch gerne als weit entfernt vorſtellen mogte. So war hier alſo einer der periculosi eventus, von denen Juſtinian ſprach, nicht ausgeblieben. Freilich iſt dieß bloßer Verdacht, aber wie ſehr wird dieſer nicht grade dadurch erhöht, daß die Frau und Mutter, über deren Nachlaß doch gehandelt wurde, gar nicht gefragt wurde, vielleicht gar nichts davon erfuhr, gewiß niemals ihre Einwilligung gab. Gemildert konnte der Verdacht durch die hinzugekommene gerichtliche Beſtätigung nicht werden, nein er mußte dadurch wachſen, daß in dem Gerichtsprotokoll mit keinem Worte der Causa des Verzichts erwähnt, auch nicht angeführt war, weshalb die künftige Erblaſſerin nicht zugezogen worden. Und wäre nicht dagegen alle Bedenklichkeit gehoben worden, wenn man wie es ſchicklich und anſtändig war, die Mutter befragt, und dieſe ihre Einwilligung gegeben hätte? ſie mußte ja den Beſtand ihres Vermögens am beſten kennen, und es war ihr zuzutrauen, daß ſie gegen beide Parteien gleich billig und gütig geſinnt ſeyn werde.

So erſcheint, an dieſen Fall gehalten, das röm. Recht wieder höchſt weiſe und gerecht. Aber freilich, war es durch das einheimiſche gemeine Recht aufgehoben, ſo mußte dieſes ohne Anſtand befolgt werden, und dem wahrſcheinlich Betrogenen war nicht zu helfen. Da nun aber die Mitglieder unſers Spruchcollegii einſtimmig der Meinung waren, daß hinſichtlich ſolcher Verträge über die Erbſchaft eines noch lebenden Dritten noch immer in Teutſchland das römiſche das gemeine Recht ſey, und alſo die Genehmigung des Dritten nicht entbehrt werden könne, wo nicht ein Particular-Recht dieſes Requiſit aufgehoben habe; ſo ward auch in dieſem Fall, auf meinen Antrag, gegen den Vertrag auf Herausgabe der Erbſchaft an den Kläger erkannt.

(Die Fortſetzung folgt im nächſten Stück.)

Ueber den neueſten Zuſtand der Jurisprudenz in Portugal.

Von

Blume.

Schon ſeit längerer Zeit iſt es als eine ſeltſame Erſcheinung bemerkt worden, daß Portugal, ohne im geringſten einen literariſchen Verkehr mit den deutſchen Juriſten zu unterhalten, doch den Lehrbüchern einiger unſerer Landsleute eine faſt ausſchließende Autorität beim Rechtsunterrichte eingeräumt hat. Das Seltſame dieſer Erſcheinung wird freilich dadurch gemildert daß auch die für Theologie, Medizin und Moral beſtimmten Lehrbücher größtentheils von deutſchen und holländiſchen Verfaſſern, wie Dannenmayr, Gerbert, Leusden, Plenck, Haller, Boerhaave, Heineccius herſtammen; allein es bleibt darum doch nicht minder interreſſant, die weiteren Schickſale und Wirkungen dieſer auf fremden Boden verpflanzten Bücher genauer zu verfolgen. Die ganze Jurisprudenz der Portugieſen, auch in den Fächern des einheimiſchen Rechtes, hat dadurch etwas von deutſchem Anſtrich erhalten müſſen, wodurch ſie uns näher ſteht als namentlich die des benachbarten Spaniens. Ich habe die folgenden Berichte aus dem zweiten Bande von *Adrian Balbi's* Essai statistique sur le royaume de Portugal et d'Algarve, (Paris 1822. 8) entnommen einem Werke, dem wenigſtens das Lob einer reichen Materialienſammlung nicht abgeſprochen werden kann, wenn auch der Verfaſſer ſich bei manchen Punkten aus Mangel an Sachkenntniß dunkel und ungenau ausgedrückt hat.

1. Der Rechtsunterricht.

Außer den bischöflichen Seminaren, wenigstens dem zu Santarem befindlichen Seminar des Patriarchen, in welchem Kirchenrecht und Naturrecht gelehrt wird, scheint sich der Rechtsunterricht ganz auf die Universität Coimbra zu beschränken, deren jetzige Gestalt besonders von Pombal's Reformen im J. 1772 herzuleiten ist. Es bestehen daselbst zwei juristische Fakultäten, die des geistlichen Rechts (canones) und die des weltlichen Rechts (leis). Jede von diesen hat acht ordentliche Nominalprofessuren, (*cadeira*, cathedra) deren Inhaber nicht Professoren, sondern *lentes* (legentes) genannt werden. Außerdem hat jede Fakultät sechs ordentliche, und einige außerordentliche Substituten und Opponenten (*Oppositor*) in unbestimmter Anzahl. (Balbi p. 38. 39). Die ordentlichen Nominalprofessuren sind zum Theil in jeder Fakultät dieselben, und werden dann auch meist mit einer und derselben Person besetzt (p. 45). In der civilistischen Fakultät ist römisches Recht das Hauptfach; für Kriminalrecht giebt es gar keine besondere Professur, und für Prozeß nur Eine in der kanonistischen Fakultät. Bei den wichtigsten Fächern wird zwischen *analytica* und *synthetica*, d. h. wohl zwischen Exegese und Dogmatik, unterschieden, die Synthese ist meist sogar doppelt besetzt. Die Besoldungen sind nach dem Range der Professuren verschieden und steigen in arithmetischer Progression von 450,000 Reis bis zu 800,000 Reis; die jedesmalige Differenz beträgt 50,000 Reis [1]). Die Mitglieder der kanonistischen Fakultät besitzen aber außerdem noch bedeutende Kanonikate und einfache Präbenden, deren Genuß ihnen noch kürzlich durch einen Beschluß der Cortes gesichert worden ist. (p. 39 und vol. I. p. 329). Von den sechs Substituten erhält jeder 400,000

1) 1000 Reis sind ungefähr 1¾ Thlr., die höchste Besoldung beträgt also etwa 1400 Thlr.

Reis. Es ſcheint, daß man allmählig von der geringeren zu der beſſeren Profeſſur aufrücken kann. (p. 39. 38).

Die Rangordnung iſt folgende:

I. Kanoniſten.

1. Forma judicial. (Prozeß).
2. Analytica de canones.
3. Naturrecht.
4. Synthetica de canones, zweite Stelle.
5. Syntheſis des portugieſiſchen Rechts (direito patrio).
6. Synthetica de canones, erſte Stelle.
7. Inſtitutionen des kanoniſchen Rechts.
8. Kirchengeſchichte.

II. Civiliſten.

1. Analyſe des römiſchen Rechts.
2. Syntheſe des röm. Rechts, erſte Stelle.
3. Geſchichte des römiſchen und portugieſiſchen Rechts.
4. Syntheſe des portugieſiſchen Rechts, erſte Stelle.
5. Analyſe des portugieſiſchen Rechts.
6. Syntheſe des römiſchen Rechts, zweite Stelle.
7. Naturrecht.
8. Inſtitutionen des römiſchen Rechts.

Alle Lehrbücher erſcheinen bis auf wenige in Liſſabon gedruckte Werke, ausſchließend in der Univerſitäts-Druckerei zu Coimbra, welche deshalb jährlich einen beſondern Bericht, *relaçao dos livros*, ausgiebt (p. 42.), zur Jurisprudenz gehören folgende Bücher:

Carol. Ant. de Martini [2]) de lege naturali, iure publico et gentium positiones. II. 8.

2) Ein für uns beinah verſchollener öſterreichiſcher Juriſt aus der Mitte des vorigen Jahrhunderts. In Portugal gilt beſonders ſein Naturrecht für klaſſiſch (*Balbi* II. Append. p. XXVII.).

Jo. Petri Waldeck institutiones iuris civilis Heineccianae, emandatae atque reformatae. Editio secunda Conimbricensis, a quam plurimis expurgata mendis. 1814. 8.

Xaverii Gmeineri institutiones iuris ecclesiastici. Ed. secunda Conimbr., quam plurimis emendata locis. 1815. II. 8.

Paschalis Josephi Mellii historia et institutiones iuris civilis et criminalis Lusitani. Editio prima in usum auditorii Conimbricensis, innumeris, quibus anteriores turpiter scatebant, expurgata erroribus, non solum auctior et emendatior, curante J. J. F. [3]) Accedit index generalis rerum et verborum. 1815. VII. 4. [4]).

C. A. de Martini ordo historiae iuris civilis. Ed. sec. Conimbr. a mendis quam plur. expurg. cura et studio. J. J. F. 1817. 12.

Ordenaçòes do reino (der Inbegriff aller Geſetzſammlungen des Königreichs, oder wenigſtens der Extravagantenſammlungen ſeit dem Codigo Filippino von 1603.)

Dom. Cavallarii [5]) institutiones iuris canonici. Ed. prima Conimbr., passim emendata opera et studio J. J. F. 1816. II. 8.

Jo. Go. Heineccii recitationes in elementa iuris civilis secundum ordinem institutionum. Ed. II. Conimbr. juxta Lovaniensem a. 1785, cum variis *Judoci le Plat* animadversionibus, sed prima ceterisque omnibus longe correctior cura et studio J. J. F. 1817. 4.

Matth. Dannenmayr institutiones historiae ecclesiasticae N. T. Ed. II. Conimbr., priore iam passim emendata correctior. 1817. II. 8.

3) Fortuna, wie es ſcheint, der kürzlich als Profeſſor zu Coimbra geſtorben iſt, deſſen zahlreiche Ausgaben aber nur wenige gründliche Verbeſſerungen enthalten dürften. Vgl. Balbi Anhang p. XXIX.

4) Das Hauptwerk über portugieſiſches Recht. Die erſte Ausgabe der historia war 1788 in Einem und der institutiones 1789 in fünf Quartanten zu Liſſabon erſchienen.

5) Vermuthlich ein Italiener, Namens Cavalieri. Aeltere Juriſten dieſes Namens kommen bei Lipenius vor.

Es wird ausdrücklich bemerkt daß nur Eins dieſer Lehrbücher, das von Mello, über portugieſiſches Recht von einem Inländer geſchrieben ſey.

Die Studirenden der Rechte ſcheinen im Vergleich zu den Theologen, welche wohl meiſt die Seminare nicht verlaſſen oder zugleich Kanoniſten werden, ſehr zahlreich zu ſeyn. In den Jahren 1800 bis 1820 incluſ. wurden bei der theologiſchen Fakultät 630 bei der kanoniſtiſchen 5185, und bei der civiliſtiſchen 6790 Studenten immatrikulirt [6]). Der Kurſus dauert in beiden juriſtiſchen Fakultäten fünf Jahre, und die zwei erſten Jahre hindurch iſt er ganz, in den drei letzten wenigſtens theilweiſe in beiden derſelbe. Im erſten Jahre werden Martini's Naturrecht und Waldeck's Inſtitutionen erläutert; im zweiten Martini's Staats- und Völkerrecht und Gmeiner's Kirchenrecht. Im dritten wird Martini's Geſchichte des römiſchen Rechts und Mello's portugieſiſches Recht gemeinſam erläutert; die Kanoniſten treiben Cavallari's Kirchenrecht und die Civiliſten Heineke's elementa für ſich allein. Im vierten Jahre wird außer der Fortſetzung von Mello's portugieſiſchem Rechte, auch Dannenmayr's Kirchengeſchichte gemeinſam vorgetragen, in den beſonderen Vorleſungen werden Cavallari und Heineccius fortgeſetzt. Im fünften Jahre endlich müſſen beide Theile die Analyſe der königlichen Verordnungen und die Prozeßtheorie hören; eigenthümlich bleibt für die Kanoniſten eine Analyſe der Dekretalen, für die Civiliſten eine Analyſe der Digeſten und des Coder.

Bei dieſem Studienplan darf übrigens nicht überſehen werden, daß ſchon ſeit dem J. 1769 das römiſche Recht nur dann in der Praxis entſcheiden ſoll, wenn es mit dem Naturrechte übereinſtimmt (!), das kanoniſche Recht aber in

6) p. 42. In Spanien iſt das Verhältnis anders. Zeitungsberichten zufolge gab es 1826 in Spanien 4077 Studenten des weltlichen, und nur 462 des geiſtlichen Rechts. Doch ſcheinen in Portugal manche Studenten in beiden Fakultäten zugleich immatrikulirt zu werden. Vgl. *Balbi* S. 41. 42.

rein bürgerlichen Sachen gar nicht gelten darf. Die veränderte Praxis ſcheint alſo auf die Methode des Unterrichtes nicht viel mehr gewirkt zu haben, als in Preußen und Baiern.

Schon im vierten Jahre erwirbt man den Grad des Baccalaureus (Baccharel), und im fünften wird man durch die formatura zum bacharel formado. Dieſer Grad genügt zur Advokatur, und zum Erwerbe gewiſſer Kanonikate und anderer Präbenden; wer aber eine eigentliche Magiſtratur erwerben will, muß noch in geiſtiger und ſittlicher Hinſicht beſonders von der Fakultät empfohlen werden. Dieſe förmlich ausgeſtellten und dem höchſten königlichen Gerichtshofe jährlich überſandten Empfehlungen heißen informaçoens; durch ein Dekret der Cortes ſind ſie allein für hinreichend erklärt worden, indem früher noch eine Prüfung vor jenem Gerichtshofe über eine Stelle des römiſchen Rechtes hinzukommen mußte.

Der Doktorgrad erfordert noch ein ſechſtes Studienjahr, welches zur Wiederholung der im fünften gehörten Materien beſtimmt iſt; ferner eine öffentliche Disputation über Theſen, und ein Privateramen (exame privado) auf welches dann die eigentliche Promozion mit großen Feierlichkeiten erfolgt. (p. 46. 47.).

Als ein Anhang zu dieſen akademiſchen Anſtalten beſteht noch eine beſondere diplomatiſche Schule (escola diplomatica) im Benediktinerkloſter zu Liſſabon, die aber troz der örtlichen Entfernung nur als beſondere Abtheilung der kanoniſtiſchen Fakultät in Coimbra betrachtet wird. Ihr Profeſſor hat alle Vorrechte der Mitglieder dieſer Fakultät; in der Beſoldung ſteht er dem ſechſten Profeſſor gleich. Allein die Zahl ſeiner Schüler hat noch nie über 12 betragen, und im Jahr 1821 waren ihrer nur drei. (p. 47.)

Es iſt nicht zu verkennen, daß dieſer ganze Studienplan auch auf die beiden 1827 in Braſilien errichteten Rechtsſchu-

len, zu St. Paolo und Pernambuco gewirkt hat. Auch hier dauert der Curſus fünf Jahre; die beiden erſten ſind für Natur- und Völkerrecht und für Analyſe der Staatsverfaſſung, das dritte und vierte für Braſilianiſches Recht, Seerecht und Handelsrecht, und endlich das fünfte für den Staatshaushalt beſtimmt. Römiſches Recht ſcheint ganz weggelaſſen zu ſeyn, wenn es nicht mit zum Braſilianiſchen gehört; das kanoniſche Recht aber ſoll im zweiten Jahre neben den vorhin genannten Gegenſtänden vorgetragen werden.

II. Die juriſtiſchen Schriftſteller.

Balbi leitet das Uebergewicht der juriſtiſchen Literatur über andere Fächer von der bisherigen Sitte ab, alle Aemter in Portugal, ſogar die Miniſterien, ausſchließend mit Juriſten zu beſetzen; eine Sitte, die in neueſter Zeit Ausnahmen erleiden ſoll, obwohl ſich nichts gegen dieſelbe erinnern läßt, wenn man nur die Jurisprudenz nicht auf die Gegenſtände der Advokatenpraxis beſchränken will, und wenn man nur die juriſtiſchen Kenntniſſe nicht für die einzigen hält, deren ein Beamter bedürfe. Wir finden bei Balbi (Anhang S. XXVI —XXXIV.) ein Verzeichniß von 52 lebenden oder erſt ſeit 1800 verſtorbenen Juriſten, und manche dieſer Namen ſind auch nur der politiſchen Geſchichte hinlänglich bekannt, obwohl für Politik und Diplomatik noch einige andere Männer beſonders genannt werden (S. XCII—CI.) Die meiſten dieſer Schriftſteller ſind Praktiker, nur wenige Profeſſoren. Als einer der beſten Schriftſteller über das portugieſiſche Recht wird, nächſt dem ſchon 1798 verſtorbenen Mello, der Advokat *Manoel de Almeida e Souza de Lobao* bezeichnet, welcher jedoch auch nicht mehr am Leben iſt. Von den übrigen Fächern ſcheinen beſonders Emphyteuſe, Criminalrecht, Handelsrecht, Prozeß und franzöſiſches Recht zahlreiche Bearbeiter gefunden zu haben.

Zur Ueberſicht aller gedruckten Werke hat Balbi die

bibliographischen Verzeichnisse eines Arztes, *Antonio d'Almeida*, aus den Jahren 1801 bis 1819 abdrucken lassen, welche freilich so wenig genau sind, daß sie schon aus den angehängten Katalogen der von der Akademie und von der Universität herausgegebenen Bücher ergänzt werden können. Jenen Verzeichnissen zufolge wären in 19 Jahren etwa 73 juristische Werke erschienen, von denen 12 auf das Jahr 1817, dagegen auf die Jahre 1802, 1806, 1808 und 1811 kein einziges zu rechnen wäre. Im Durchschnitt kommen also 4 Bücher auf jedes Jahr. So gering uns diese Summe erscheinen muß, so wenig ist sie es im Vergleich mit dem übrigen Süden. In Italien sind in den 5 Jahren von 1821 bis 1825 nur 13 juristische Werke gedruckt worden, welche einer Anzeige in der biblioteca Italiana werth schienen[7]; daß aber noch mehr als diese gedruckt worden sind, kann ich aus eigener Erfahrung versichern. Bedenkt man nun, daß Portugal gegen drei, Italien aber über 18 Millionen Einwohner zählt, so müßten doch in jenen 5 Jahren schon gegen 120 Werke erschienen seyn, wenn die italienischen Juristen während einer Zeit des Friedens die literarische Thätigkeit der Portugiesen während einer Reihe stürmischer Kriegsjahre nur erst erreicht haben sollten. Daß der Vergleich mit Spanien zum Vortheile Portugals ausfallen würde, läßt sich schon ohne genauere Nachweisungen erwarten. Dagegen hat Frankreich im J. 1824 allein 306 juristische Werke geliefert, unter denen aber doch nur 18 römisches oder fremdes Recht betrafen.

7) Bibl. ital. 1826. Heft 1. 2. pag. 167–172. Von diesen Schriften betreffen drei das Criminalrecht, vier den Prozeß, zwei das Erbrecht, eine die Servituten, eine das Handelsrecht, eine die Rechtsphilosophie und eine das Mailänder Provinzialrecht.

Ueber die expressa causa bey der Eigenthumsklage und deren Einfluß auf die Exceptio rei judicatä.

Von
Puchta.

Die römischen Juristen haben die Theorie der Exceptio rei judicatä mit Sorgsamkeit und Strenge ausgebildet. Nicht allein der tägliche Gebrauch bewog sie dazu, sondern auch die Ueberzeugung von dem gemeinen Nutzen, welcher mit diesem Rechtsmittel verbunden sey [1]). Wenn ich dagegen unsere Lehrbücher betrachte, so will es mich bedünken, als ob die heutigen Juristen weniger Gewicht als billig darauf legten. Diese Vernachläßigung hat vielleicht einen gemeinschaftlichen Grund mit der mehrerer anderer Materien, welche durch die Gränzscheidung unter Civilrecht und Proceß zwischen die zwey Lehrstühle zu sitzen kamen. Da nun die Lehr- und Handbücher die Haupterkenntnißquelle der meisten Geschäftsmänner sind, so läßt sich von jenem Umstand ein Schluß auf die Anwendung machen, und wenn ich gleich keine ausgebreitete Erfahrung in diesem Punkte besitze, so sind mir doch Fälle bekannt, wo sonst gar nicht nachläßige Sachwalter unsere Einrede versäumten, wiewohl ihre Zuläßigkeit sogar in terminis durch unsere Quellen entschieden war, und auch über die Anwend-

1) L. 6. de exc. rei jud. So wenn sie das Erforderniß aufstellen, daß eadem res oder idem corpus zur Begründung der Exceptio nöthig sey, wird gesagt, es müsse dieß nicht allzu subtil genommen werden, non utique omni pristina qualitate vel quantitate servata, nulla adjectione vel deminutione facta: sed pinguius *pro communi utilitate* accipitur. L. 14. pr. eod.

barkeit dieſer Sätze kein Zweifel obwaltete. Zu dieſem negativen kommt aber, um den Gebrauch des Rechtsmittels zu hindern, noch der poſitive Umſtand, daß ſich Meinungen geltend gemacht haben, welche die Einrede gegen manche Klagen ungebührlich beſchränken, ja wohl faſt ganz aufheben. Eine ſolche iſt die, welche mich zur Mittheilung des hier folgenden Interpretationsverſuchs veranlaßt. Um dieſe Meinung in ihrem Zuſammenhang darzuſtellen, mag es vergönnt ſeyn, etwas weiter auszuholen, als es auf den erſten Anblick für unſern nächſten Zweck nöthig ſcheinen möchte.

Die Exceptio rei judicatä findet nach Julian ſtatt, wenn eadem quaestio inter easdem personas revocatur, ohne daß es unter Vorausſetzung dieſer Bedingungen darauf ankommt, ob auch gerade dieſelbe Klage, wie im frühern Proceß, gebraucht wird [2]). Paulus ſpecificirt die Bedingungen näher dahin, daß idem corpus, eadem causa petendi und eadem conditio personarum in dem jetzigen Proceſſe, wie in dem vorigen vorhanden ſeyn müſſen [3]). Zwiſchen das erſte und zweite Erforderniß ſind von den Compilatoren [4]) aus Ulpian die Worte: quantitas eadem, idem jus eingeſchoben. Es iſt indeſſen ganz offenbar, daß dieſes keine neue Erforderniſſe ſind. So wie vielmehr das erſte nur ein Zuſatz zu idem corpus iſt, der nachher durch die folgenden Worte des Paulus (ſ. Note 1.) und andere Stellen des Titels beſchränkt und näher erläutert wird, ebenſo iſt auch das zweite nur ein anderer Ausdruck für das, was Paulus causa petendi nennt. Noch anders endlich drückt ſich Neratius über dieſe Bedingungen aus, wenn er ihren Gegenſtand folgendergeſtalt angiebt: personae, id ipsum, de quo agitur; causa proxima actionis [5]). Mit dieſem letzten Ausdruck bezeichnet er das

2) L. 3. 5. 7. §. 4. h. t.
3) L. 12. 14. pr. h. t.
4) als L. 13. h. t.
5) L. 27. h. t. Man möchte Stellung und Ausdruck für einen Anklang des: omne jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones halten.

Recht, welches den Grund der Klage ausmacht, wovon er den Entstehungsgrund dieses Rechts, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, bestimmt unterscheidet, auf dessen Verschiedenheit es nicht ankommen soll 6). Uns interessirt hier nur das eine von diesen Erfordernissen der Exceptio, welches in den angeführten Stellen mit idem jus, eadem causa petendi, eadem causa proxima actionis bezeichnet wird.

Hinsichtlich dieser Causa petendi entsteht die Frage, ob und in welchem Umfang das frühere Urtheil über das Recht, welches jetzo geltend gemacht wird, schon entschieden habe, und soweit das Urtheil in dieser Beziehung von der Intention des Klägers abhängt, was der Inhalt derselben gewesen sey? Hier ist denn ein sehr wichtiger Unterschied zwischen der Obligatio und anderen Rechtsverhältnissen, und daher auch zwischen in personam und in rem actiones. Bey der Obligatio nämlich hat der Entstehungsact den unmittelbarsten Einfluß auf die Natur des Verhältnisses selbst, so daß die Obligatio mit demselben Gegenstand doch eine ganz andere ist, je nachdem sie auf die eine oder die andere Weise entsteht. Man kann mithin nicht sagen, diese Obligatio entsteht auf diese, aber auch auf jene Art; denn es sind in der That ver-

6) Mit dem Begriff des Klagegrundes wird nicht selten viel Unwesen getrieben, theils durch Vermischung desselben mit der Veranlassung der Klage (Verletzung des Rechts), theils durch die unnöthige Eintheilung in fundamentum agendi proximum und remotum. Auch die Sprachverwirrung ist hier so groß, daß manche Processualisten remotum nennen, was die andern proximum, und umgekehrt. Am sichersten wäre es doch wohl, dasjenige f. a. proximum zu heißen, was schon Neratius a. a. O. causa proxima actionis nennt. Ueberhaupt aber kann Klagegrund eigentlich nur diese causa proxima actionis genannt werden. Die Erwerbung dieses Rechts durch den Kläger (eine von den causae remotae) ist nicht eine causa actionis oder petendi (wenn man sich nicht in scholastischen Unrath verlieren will), sondern eine causa juris oder die causa causae actionis. Will man aber (da Eintheilungen für die Deutschen so viel anziehendes zu haben scheinen) jene Unterscheidung beibehalten, so paßt sie doch nur auf die dinglichen Klagen, wie sich aus dem folgenden ergeben wird; man müßte denn bey persönlichen die Cession unter die Rubrik des f. a remotum ziehen.

ſchiedene Obligationen, wenn ſie auf verſchiedene Weiſe entſtehen. Jede Cauſa bringt eine beſondere Obligation, und dadurch eine beſondere Cauſa actionis hervor, singulas obligationes singulae causae sequuntur [7]). Ganz anders bey andern Rechtsverhältniſſen. Bey dieſen hängt ihre Natur nicht ſo eng mit ihrer Entſtehung zuſammen; das Eigenthum, die Servitut, das Erbrecht, die väterliche Gewalt u ſ. f. ſind immer dieſelben, ſie mögen entſtanden ſeyn, wie ſie wollen [8]). Wenn ich daher aus dem Eigenthum geklagt habe, das ich durch Erbgang erworben hatte, ich habe aber meinen Beweis auf die Tradition oder Mancipation gerichtet, und bin deficiente probatione abgewieſen worden, ſo ſteht mir die Exceptio entgegen, wenn ich nun hinterdrein das Eigenthum aus dem wahren Erwerbsgrund anſprechen will [9]), denn die causa proxima actionis iſt das Eigenthum, welches daſſelbe iſt, wie es auch entſtanden ſeyn mag, neque enim amplius quam semel res mea esse potest. Indem mir nun in der vorhergehenden Sentenz das Eigenthum aberkannt worden iſt, iſt darin zugleich geläugnet, daß ich es auf irgend eine Weiſe erworben habe, dem qualecunque et undecunque dominium adquisitum habui, vindicatione prima in judicium deduxi [10]), oder omnes causae (nämlich dominii) una petitione adprehenduntur [11]). Natürlich aber kann in dem Urtheil nur über die Entſtehungsgründe entſchieden ſeyn, die damals ſchon vorhanden waren oder ſeyn konnten, daher ſchließt nachherige Erwerbung allerdings die Exceptio aus, adquisitum postea dominium aliam causam (nämlich actionis) facit [12]). Ebenſo ſoll die Exceptio nicht ſchaden, wenn

7) L. 14. §. 2. h. t. Die Stelle iſt unten abgedruckt.

8) Daß der Einfluß der Erwerbsart auf den Umſtand ob quiritiſches oder natürliches Eigenthum entſtanden iſt, dem im Text bemerkten nicht entgegen ſtehe, iſt für ſich klar; denn es gilt eben innerhalb der Gränze des quiritariſchen, des bonitariſchen Eigenthums.

9) L. 11. §. 1. h. t.

10) L. 11. §. 5. h. t.

11) L. 14. §. 2. h. t.

12) L. 11. §. 4. 5. h. t.

in dem früheren Proceß gar nicht über das Eigenthum entschieden, sondern der Kläger aus einem anderen Grunde z. B. wegen Nichtbesitzes des Beklagten, abgewiesen worden war [13]). In beiden Fällen wird von der Regel keine Ausnahme, sondern nur eine Anwendung gemacht. — Was hier von der Rei vindicatio, wird in andern Stellen auch von der Hereditatis petitio gesagt. Wenn der eingesetzte Intestaterbe diese Klage ab intestato, indem er das Testament anfocht, angestellt hatte, und damit abgewiesen worden war, so hat der Beklagte die Exceptio rei judicatä, so jener nun als Testamentserbe klagen will [14]). Dagegen findet die Exceptio nicht statt, wenn der frühere Kläger aus einem nachher entstandenen Erbrecht klagt [15]), und sie ist ihm nicht nachtheilig, wenn er früher nur wegen Nichtbesitzes des Beklagten abgewiesen worden war [16]).

Von dieser Regel, welche, wie wir gesehen haben, aus der Natur der den dinglichen Klagen zu Grunde liegenden Rechte auf das nothwendigste folgt, machen unsere Juristen eine sehr bedeutende Ausnahme. Es ist nämlich gemeine Meinung, daß die Exceptio rei judicatä gegen die Rei vindicatio nicht stattfinde, wenn der Vindicant bey der früheren Anstellung derselben einen bestimmten Erwerbsgrund des Eigenthums (im Klaglibell) angegeben habe, und nun wegen eines andern klage, wenn gleich dieser schon in die Zeit vor der früheren Klage falle. Daher ist es von den Praktikern als eine Cautel zur Vermeidung der Exceptio an die Hand gegeben worden, mit Angabe eines Erwerbsgrundes zu vindiciren, um, wenn man etwa diesen nicht zu beweisen vermöchte, und deshalb abgewiesen würde, dann wieder wegen eines anderen klagen zu können [17]). Diese Meinung

13) L. 17. h. t.
14) L. 30. pr. h. t.
15) L. 25. pr. h. t.
16) L. 9. pr. h. t.
17) So schon in der *Glossa* ut proinde ad L. 1. de edendo.

ist so allgemein, daß es ganz müßig seyn würde, Schriftsteller dafür zu citiren, aber sie ist es deswegen, weil sie in unseren Quellen selbst ganz ausdrücklich enthalten zu seyn scheint. Es sind folgende zwey Stellen, auf welche sie sich gründet:

1. L. 11. §. 1. 2. h. t. (Ulpian).

Denique et Celsus scribit: si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem (§. 2.). Si quis autem petat: fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat, causa adjecta qon debet summoveri exceptione [18]).

2. L. 14. §. 2. h, t. (Paul.)

Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod eum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur; ae cum in rem ago, non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. Neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest [19]).

Ich hatte diesen Aufsatz schon vollendet, als mir in F. L. Keller's Schrift »über Litiscontestation und Urtheil nach classischem R. R.« ein Werk zukam, welches sich den trefflichsten unserer Zeit aureiht, und in dem auch der Gegenstand meiner Abhandlung berührt ist. Der Verfasser hat jene Ansicht ebenfalls, nur in historischer Gestalt und in

18) Die Basiliken drücken Lib. 51. tit. 2. §. 10. den §. 2. ganz kurz so aus: εἰ μέντοι καινην αἰτιαν προτιθησιν, οὐκ ἐκβαλλεται. Damit ist zu vergleichen, wie sie an demselben Ort den §. 4. der L. 11. cit. wiedergeben: τοτε τῳ ἡττηθεντι περι του αὐτου πραγματος ἐξεστι κινειν, ὁτε ἀπο καινης αἰτιας ἐκτησατο ἀυτο κ. τ. λ.

19) Die Basiliken sind hier der gemeinen Erklärung nicht ungünstig Lib. 51. tit. 2. §. 12.

Beziehung auf das zur Zeit der römiſchen Juriſten geltende Recht. Er drückt ſie ſo aus: »(Die Meinung, daß bey einer »Actio in rem das zum Grunde liegende Recht in ſeiner Allge»meinheit, und nicht bloß in Beziehung auf den Entſtehungs»grund, aus welchem der Kläger daſſelbe ableitet, in Judi»cium deducirt wird) kann von dem Kläger dadurch vermieden »werden, daß er ſich von Anfang an ausſchließlich auf einen »beſtimmten Erwerbsgrund ſeines Rechts beruft, und dieſen »in die Formel aufnehmen läßt, ſo daß nun der Gegenſtand »der Unterſuchung welcher den Inhalt der Intentio, ſomit »gerade dasjenige ausmacht, was in Judicium deducirt wird, »durch die Formula ſelbſt ſpecialiſirt erſcheint. Dann bleibt »die Verfolgung deſſelben Rechts, auf andere Gründe geſtützt, »natürlich auch weiterhin offen.« — Wenn ich durch dieſen gelehrten und gründlichen Schriftſteller nicht von der Haltbarkeit der gemeinen Meinung überzeugt worden bin, wenn ich vielmehr dieſelbe nach wie vor, ſowohl wie ſie von unſeren Juriſten für das geltende, als wie ſie von Keller für das alte Recht ausgeſprochen wird, für falſch halte, ſo weiß ich mich frey von eigenſinniger und ungelehriger Befangenheit in eigenen vorgefaßten Meinungen. Im Gegentheil bin ich mir bewußt, daß die eindringliche Darſtellung in der angeführten Schrift, und die Dankbarkeit, die ich für die vielfach daraus geſchöpfte Belehrung empfinde, der Anhänglichkeit an dem Reſultat eigener Unterſuchungen, wenn eine ſolche in mir iſt, vollkommen das Gleichgewicht halten, ja ſie überwiegen würde. Doch mögen und müſſen mich in dieſer Hinſicht die Gründe für meine Anſicht ſelbſt rechtfertigen.

Vor allem fragt ſich, ob die beiden oben in extenso angeführten Stellen im allgemeinen die Beziehung haben, welche man ihnen giebt, und die wie, wie nicht zu läugnen iſt,

auf den erſten Anblick, wenn beide mit einander verbunden werden, allerdings darin zu liegen ſcheint.

Ich finde nun, daß in der erſten dieſer Stellen (L. 11. §. 2. h. t.) ganz und gar kein Grund liegt, ſie auf den Fall einer zur Zeit der früheren Klage ſchon geſchehenen Erwerbung zu beziehen. Vielmehr ſteht durchaus nichts entgegen, die Worte: si postea alia ex causa petat, von einem Erwerbsgrund, der erſt nach der frühern Petitio eingetreten, die Stelle alſo von einem postea adquisitum dominium zu verſtehen. Ja dieſer Sinn iſt ſogar aus folgenden Gründen der ausſchließend wahre. Nur dann nämlich, wenn wir ſie ſo verſtehen, ſteht die Stelle in einem gehörigen Gegenſatz gegen den unmittelbar (im §. 1.) vorhergehenden Satz, welcher die entgegengeſetzte Entſcheidung enthält. Jeder Leſer derſelben wird ſich ſofort davon überzeugen. Ferner hätte der Juriſt, wenn er den ihm gewöhnlich untergelegten Sinn hätte ausdrücken wollen, das »adjecta causa« zu der früheren Petitio ſetzen müſſen, während es bey ihm nur als eine Bedingung der zweiten erſcheint, womit denn die gewöhnliche Erklärung nicht beſtehen kann. Endlich kann auch noch theils der Zuſammenhang im ganzen, theils eine ſpätere Aeußerung Ulpian's in demſelben Fragment zur Erklärung der früheren angeführt werden, nämlich §. 5.: itaque adquisitum postea dominium *aliam causam* facit, mutata autem opinio petitoris non facit. Hiernach wäre dann die alia causa in unſerer Stelle gar nicht ein anderer Erwerbsgrund (causa dominii) ſondern ein anderes Eigenthum (alia causa actionis oder petendi), was dann auch mit den Worten alia ex causa *petat*, und der Aeußerung in §. 4.: *eandem causam* facit etiam origo petitionis vollkommen übereinſtimmt. Doch wie man auch darüber denken möge, ſo reichen ſchon die beiden erſten Gründe hin, der gewöhnlichen Interpretation allen Grund zu nehmen. Adjecta causa etc. heißt in jedem Fall nichts weiter

als: wegen der hinzugekommenen Causa fällt die Exceptio weg [20]).

Also bleibt nur die zweite Stelle (L. 14. §. 2. h. t.) zur Begründung der gemeinen Meinung übrig. Auch bey dieser ist eine Erklärung möglich, wornach sie den Sinn ganz verliert, der jene Ansicht veranlaßt hat. Ich hoffe weiter unten dieser neuen Erklärung eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit geben zu können. Da aber dadurch die gewöhnliche nicht unmöglich gemacht wird, so will ich zunächst und für jetzt auf die meinige verzichten. Ich will also die gemeine Erklärung einstweilen als die richtige annehmen, und nach ihr selbst die Richtigkeit der gewöhnlichen Ansicht prüfen.

Paulus sagt, unter der Voraussetzung, daß er überhaupt etwas der gemeinen Meinung ähnliches behauptet: wenn ich in rem klage, ohne den Erwerbsgrund, aus welchem mir das geltend gemachte Recht zusteht, auszudrücken, so begreift die Petitio alle Erwerbsgründe, und der Richter entscheidet über alle, indem er ausspricht, daß ich nicht Eigenthümer sey; denn ich kann nur einmal Eigenthümer seyn, was sich bey Obligationen ganz anders verhält, da ich mehrmals Gläubiger desselben Schuldners hinsichtlich derselben Sache seyn kann. Der Zusatz non expressa causa bedeutet also hier, daß Paulus einen Fall angenommen habe, wo expressa causa die angegebene Folge vermieden werden konnte. Es entsteht nun die Frage: wie mußte nach dem Recht, das zu Paulus Zeit galt, der Zusatz der *causa* beschaffen seyn, um die von ihm ausgesagte Wirkung hervorzubringen?

20) Auch die Basiliken an dem in Not. 18. angef. Orte verstehen die Stelle, wie ich. Ich führe dieß hier, wo nicht von dem Sinne die Rede ist, den man in der Zeit dieser Uebertragung darin gefunden, sondern von demjenigen, welchen Ulpian selbst in seine Worte gelegt hat, — nicht als einen Grund für die Richtigkeit meiner Erklärung an, sondern als ein Zeugniß ihrer Natürlichkeit.

Der Zusatz mußte so gemacht werden, daß dadurch der Proceß auf die bestimmte Erwerbsart beschränkt, daß also nicht das ganze Eigenthumsklagerecht in judicium deducirt wurde. Daraus folgt, daß unter den ordentlichen Theilen der Formel die Intentio den Zusatz erhalten mußte, denn diese bestimmt den Gegenstand des Processes und der Entscheidung [21]). Die zweite Art, wie jener Zweck hätte erreicht werden können, wäre die Aufnahme der causa in die Formel in der Form einer Präscriptio, also der Zusatz: ea res agatur de homine mancipio accepto, usu capto u. dgl. Die Präscriptiones mögen nun sehr allgemeiner Natur gewesen auch mag es zufällig seyn, daß Cajus nur Beispiele davon bey Actiones in personam anführt [22]); es ist hier nicht der Ort, dieses zu untersuchen. Aber selbst wenn sich die Sache so verhielte, so würde grade in dieser formellen Unbeschränktheit des Rechsmittels die Nothwendigkeit liegen, anzunehmen, daß die Römer seine wirkliche Anwendung nur unter gewissen Bedingungen zugelassen haben, und damit namentlich nicht über das dringende Bedürfniß hinausgegangen sind. Vergleichen wir nun die Fälle, wo wir bey Cajus die Präscriptio wirklich angewendet finden, und wo durchweg ein unabweisliches Bedürfniß sie als Schutz des materiellen Rechts und der gesunden Vernunft gegen den unter gewissen Umständen nachtheiligen Einfluß der allgemeinen Principien erheischte, so müssen wir uns überzeugen, daß dieses Rechtsmittel, vorausgesetzt also, seine Natur hätte dieser Anwendung nicht widersprochen, in unserem Falle für unzuläßig befunden worden

21) Ich kann mich jetzt deshalb auf die befriedigende Darstellung dieses Punkts bey Keller a. a. O. S. 243 — 260 beziehen.

22) Es ist uns hier bloß um diejenigen zu thun, quae ab actore proficiscuntur. Und hier scheint es mir allerdings nicht zufällig zu seyn, daß Cajus den ganzen Passus über Präscriptionen mit den Worten beginnt: saepe enim ex una eademque obligatione aliquid jam praestari oportet, aliquid in futura praestatione est. Man vergleiche damit die Stelle von den Exceptionen, §. 116. 117. des vierten Commentars.

wäre. Denn die Billigkeit und Vernunft kann es nicht fordern, einen Kläger zu unterstützen, der sich das Recht vorbehalten möchte, ohne wahrhafte Noth aus einem Processe sechs zu machen, und den Beklagten einer unendlichen Wiederholung desselben Rechtsstreits auszusetzen. Es lassen sich keine, zumal etwas häufiger eintretende, Fälle erdenken, wo hier ein Bedürfniß vorhanden seyn könnte, demjenigen vergleichbar, welches in den uns bekannten Beispielen die Präscriptio hervorrief.

Wir sind daher auf das erste Mittel, auf die Intention als den Ort der expressa causa beschränkt. Nun entsteht aber eine zweite Frage. Es gab zur Zeit der römischen Juristen drey Formen des Processes mit der Eigenthumsklage: es konnte mit legis actio bey den Centumvirn (soweit diese Form noch vorkam), ferner per formulam petitoriam, endlich per sponsionem geklagt werden. Die Frage ist aber: wie verhalten sich diese Formen zu der Möglichkeit eines solchen Zusatzes?

Bey der In jure vindicatio kam in den darin gebrauchten Worten der Ausdruck causa vor: hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ajo secundum suam causam, sicut dixi. Unter adjecta causa wird in L. 1. §. 2. de R. V. der Zusatz ex jure romano oder ex jure quiritium verstanden. Hieher paßt nun offenbar diese Bedeutung nicht. Das wahrscheinlichste ist, daß der Kläger damit nur sein Recht überhaupt und den ernstlichen Willen zu vindiciren betheuerte, mit unbestimmter Berufung auf das, was er etwa vorher in der formlosen Erzählung des Streitpunkts vor dem Prätor angegeben hatte. Dieß stimmt mit der Antwort des Beklagten auf die Frage: qua ex causa vindicaveris überein: jus peregi sicut vindictam imposui. Doch könnte darin zugleich auch eine allgemeine Berufung auf den Erwerbsgrund liegen, wenn er etwa einen solchen in jener Vorverhandlung angegeben hatte, und vorausgesetzt, daß sich die Worte sicut dixi auf diese formlose

Vorverhandlung beziehen. Man kann nun jene feierlichen Worte dem vergleichen, was in den Formulä die Intentio iſt, und dann wäre alſo hier in der Intention von dem Erwerbsgrund die Rede geweſen. Deſſen ungeachtet iſt es hier ganz gewiß, daß die Wirkung, welche die L. 14. §. 2. cit. der expressa causa beilegen ſoll, nicht eintrat. Ohnedieß würde kein Römer jene unbeſtimmte Erwähnung, vorausgeſetzt auch, daß ſie ſich auf einen jedoch gar nicht weſentlichen Theil der vorausgehenden Unterredung zwiſchen Prätor und Parteien bezogen hätte, für eine expressa causa haben gelten laſſen, und ſie etwa beſtimmter auszudrücken, geſtattete die Unveränderlichkeit der ſolennen Formeln nicht. Auf der andern Seite würde dieß eben deshalb auch kein auſſergewöhnlicher, in der Willkühr des Klägers ſtehender Zuſatz geweſen ſeyn, als welchen doch die Aeußerung des Paulus in L. 14. cit. nach der gewöhnlichen Erklärung vorauszuſetzen ſcheint, oder wenigſtens nur inſofern, als es von der Willkühr des Klägers abhieng, dieſe oder eine andere Proceßform zu wählen. Ueberdieß würde endlich, und dieß entſcheidet, die Folge jener Annahme die ſeyn, daß, da die Formel immer dieſelbe war, von dem Satz: qua de re lege actum semel est, de ea re postea ipso jure agi non potest [23]), alle In jure Vindicationen eine Ausnahme gemacht hätten, was ſchlechterdings undenkbar iſt. — Wir haben alſo in der bisher betrachteten eine Proceßform, wo bey Actiones in rem immer omnes causae una petitione comprehenduntur, alſo jene Ausnahme mittelſt expressa causa nicht ſtattfinden konnte. Ich gehe über zu der zweiten.

Es konnte per formulam petitoriam geklagt werden, wo die Intention ſo lautete: si paret, eum hominem, de quo agitur, ex jure quiritium Auli Agerii esse. Sollte nun hier expressa causa mit der genannten Wirkung geklagt werden, ſo mußte die Intention einen Zuſatz erhalten, etwa: Quod

23) Cajus IV. 108.

A. A. hominem Stichum mancipio accepit, si paret, eum hominem, de quo agitur, eam ob causam ex jure quiritium A. A. esse; oder wie man ſich dieß ſonſt denken will [24]). Einen ſolchen Zuſatz nun hält Keller ohne weiteres für zuläßig, und zwar ſo, daß es von dem Willen des Klägers abgehangen hätte, ihn machen zu laſſen oder nicht [25]). Ich aber glaube, daß dieß falſch iſt. Keller ſagt zur Begründung nur dieß, daß die Fähigkeit der Intentio, einen ſolchen Zuſatz aufzunehmen, im allgemeinen durch die Formel der Publiciana bewieſen werde. Das iſt aber wohl nur ſo zu verſtehen, daß man daraus ſieht, es habe Formeln mit ſolchen Zuſätzen gegeben; nicht aber, daß nun irgend eine ſchon beſtehende Formel einen ſolchen Zuſatz hätte aufnehmen können. Dieß letztere war ſicherlich nicht der Fall. Es braucht nicht erſt bewieſen zu werden, daß mit einem ſolchem Zuſatz eine ſehr weſentliche Veränderung in dem Eigenthumsproceß vor ſich gegangen wäre. Denn in der That wäre nun nicht mehr das Eigenthum, ſondern nur eine Erwerbsart deſſelben ſein Gegenſtand geweſen. Schon um deßwillen müßte daher die Formel mit dem Zuſatz als eine von der gewöhnlichen Formula petitoria verſchiedene anerkannt werden. Mithin behauptet der angeführte Schriftſteller eigentlich mit jener ſeiner Anſicht, der Prätor habe mehrere Formulä petitoriä proponirt, diejenige, die man bisher für die einzige gehalten hat, und die, welche eine causa expressa hatte, ſey es auch, daß er dieſe letztere nicht perpetuo, ſondern nur prout res incidebat verliehen hätte. Von einer ſolchen Mehrheit von Formulä petitoriä wiſſen wir aber nichts, und da, wie oben bemerkt worden iſt, kein wirkliches Bedürfniß vorhanden war, den Kläger durch eine Formula mit expressa causa zu ſichern, ſo iſt es auch höchſt unwahr-

24) Immer muß man ſich einen Zuſatz zur Intentio denken, ſey es nun, daß die ganze Cauſa in die Intention geſetzt, oder demonstrationis loco vorausgenommen, und in der Intentio ſich darauf bezogen wurde.

25) a. a. O. S. 290. Seine Worte ſ. oben.

ſcheinlich, daß der Prätor eine ſolche proponirt, oder ſonſt gegeben habe. Eine Vergleichung mit einigen Entſcheidungen bei der Erbſchaftsklage, wird dieß in ein noch helleres Licht ſetzen. Der eingeſetzte Erbe klagte wegen ſeines Inteſtaterbrechts mit Anfechtung des Teſtaments; dem Abgewieſenen ſteht die Exceptio entgegen, wenn er nun als Teſtamentserbe klagen will [26]). Hier konnte doch wohl noch eher das Bedürfniß einer Hülfe eintreten; aber wir finden nicht, daß für die Erbſchaftsklage eine Beifügung der Cauſa mit jener Wirkung verſtattet worden wäre. Ja es iſt uns eine Entſcheidung überliefert, wo eine ſolche Forderung der Billigkeit anerkannt wurde, aber die römiſchen Juriſten auf eine ganz andere Art halfen: nämlich durch In integrum reſtitutio, weil der Kläger doch *unam tantum causam egit* rupti testamenti [27]). Der Juriſt würde ſich hier ganz anders geäußert haben, wenn jenes andere Mittel vorhanden geweſen wäre, und man mittelſt deſſelben durch *unam causam agere* ſchon für ſich und ordentlicher Weiſe die Exceptio hätte vermeiden können. — Alſo auch wenn in dieſer Form geklagt wurde, konnte von keiner expressa causa die Rede ſeyn.

Noch eine Form des Proceſſes mit der Rei vindicatio iſt zurück, die per sponsionem. Bei dieſer nun muß, wenn überhaupt, der Fall eintreten können, welchen Paulus als eine mögliche Ausnahme von der Regel nach der einſtweilen angenommenen gewöhnlichen Erklärung ſeiner Worte aufſtellt, wo alſo durch expressa causa die in judicium deductio des ganzen Klagerechts zu vermeiden war. Und allerdings konnte dieß hier geſchehen. Der Proceß ward, wenn dieſe Form gewählt wurde, dadurch eingeleitet, daß der Kläger den Beklagten zu einer Sponſion über die Wahrheit ſeiner Behauptungen aufforderte: si homo, de quo agitur, ex jure quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes? und die Formula

26) L. 30. pr. h. t.
27) L. 11. pr. h. t.

gieng dann auf die Fälligkeit oder Nichtfälligkeit dieſer Sponſion. Hier konnte nun ohne Zweifel die Sponſio auch auf einen ſpeciellen Erwerbsgrund beſchränkt werden. Zwar iſt dieſe Proceßform der Legis actio durch Sacramentum nachgebildet, aber offenbar iſt nur die Idee im allgemeinen, nicht auch der ſolenne Ausdruck und deſſen Stabilität davon herüber genommen. Wenn nun jene Beſchränkung geſchehen war, und der Richter hierauf den Beklagten von der Forderung aus der Sponſion und ſomit auch von dem eigentlichen Anſpruch des Klägers freiſprach, ſo hatte er natürlich nur über den Erwerbsgrund, auf welchen die Sponſion geſtellt war, nicht über das Eigenthum überhaupt entſchieden. Der Kläger hatte wirklich nur Eine Cauſa in judicium deducirt. Dieß konnte denn auch hier um ſo weniger als ein Widerſpruch gegen die Natur der dinglichen Klagen und der damit geltend gemachten Rechte erſcheinen, als es ja eigentlich eine perſönliche Klage war, mit welcher man die Entſcheidung über den Eigenthumsſtreit herbeiführte. Uebrigens iſt hier freylich zu fragen, ob der Beklagte ſich auf eine ſolchergeſtalt beſchränkte Sponſion einzulaſſen brauchte; dieſe Frage will ich nicht entſcheiden.

Das Reſultat der bisherigen Unterſuchung iſt folgendes. Wer die Rei vindicatio anſtellt, faßt in dieſer Petition nothwendig alle Erwerbsgründe des Eigenthums zuſammen, denn der Grund der Klage iſt nicht dieſe oder jene Erwerbsart, ſondern das Eigenthum, und dieſes iſt daſſelbe, es mag auf dieſe oder jene das Eigenthum oder die in Rede ſtehende Art deſſelben hervorbringende Weiſe erworben worden ſeyn. Darum hat auch der Richter in ſeiner Sentenz nicht zu entſcheiden, ob der Kläger Eigenthümer auf eine gewiſſe Art geworden ſey, oder nicht, ſondern ſchlechtweg, ob er Eigenthümer ſey oder nicht. Von dieſem in der Natur des Eigenthums gegründeten Satze wäre zur Zeit der römiſchen Juriſten eine Modification mög-

lich gewesen, wenn per sponsionem geklagt wurde, weil es hier gestattet seyn konnte, die Sponsion auf eine bestimmte Erwerbsart zu richten, und dadurch auch nur diese Causa in judicium zu deduciren. Daß diese Modification aber wirklich vorkam, davon haben wir freylich kein anderes Zeugniß als L. 14. §. 2. cit., und auch diese nur unter der Voraussezung, daß die gewöhnliche Erklärung derselben die richtige ist.

Wie verhält sich nun dazu die gemeine Meinung, und wie ist das geltende Recht zu bestimmen? Man könnte sagen, wir haben auf die Autorität einer seit dem Mittelalter bis auf heute bestehenden Communis opinio ebenfalls eine Modification der Regel, nur natürlich auf ganz andere Weise als die Römer. Diese Praxis aber wird jedenfalls nur dann eine Autorität für das jetzige Recht seyn, wenn nach den sonst und unstreitig geltenden Grundsätzen der von ihr behauptete Satz möglich ist, nicht aber, wenn er solchen Principien geradezu widerspricht. Dieß letztere ist der Fall. Die gemeine Meinung läßt sich eben so wenig vor dem Forum des Systems, als der Zweckmäßigkeit (s. oben) vertheidigen.

Wenn die gemeine Meinung juristisch möglich seyn soll, so muß derjenige, der die Eigenthumsklage anstellt, eine specielle Erwerbsart zum Grunde zu legen, sein Petitum darauf zu beschränken, und dadurch zu bewirken im Stande seyn, daß der Proceß und dann auch das richterliche Urtheil bloß diese Erwerbsart betrifft; so daß die zu entscheidende Frage nicht die ist: ob er Eigenthümer? sondern: ob für ihn diese Erwerbsart eingetreten sey? und daß mithin der Richter den Kläger, wenn er ihn abweist, nicht als Nichteigenthümer, sondern nur als Nichtempfänger, oder Nichtusucapienten oddergl. abweist. Nun unterscheiden allerdings schon die Juristen des Mittelalters, ob der Vindicant in dem Libell sich auf eine bestimmte Erwerbsart beruse oder nicht, und lassen davon allerley Wirkungen abhängen. Auch in das canonische Recht ist diese Unterscheidung gekommen, welches darnach die

Frage entſcheidet, ob es genüge, wenn der Kläger nur noch vor der Sentenz Eigenthümer werde, oder ob er es ſchon zur Zeit der Litiscontestation ſeyn müſſe [28]), und von der Gloſſe an wendet man dieß auch auf unſern Fall an. Aber die Frage iſt nicht, ob eine ſolche Unterſcheidung überhaupt ſtatthaft ſey, ſondern ob der Umſtand, daß der Kläger in ſeinem Libell die Erwerbsart benennt, gerade die Folge, von der wir hier ſprechen, nach unſerem heutigen Proceſſe haben kann. Hier ſind zwey Umſtände entſcheidend. Jener auf eine Erwerbsart beſchränkte Proceß, deſſen Möglichkeit ich als conditio sine qua non unſerer Ausnahme angegeben habe, würde nämlich in der That gar kein Eigenthumsproceß, die Klage keine Eigenthumsklage genannt werden können. Sie würde ſich nämlich nicht mehr auf das Eigenthum gründen; vielmehr wäre die Cauſa remota (die Erwerbung des Eigenthums) zur Cauſa proxima geworden, und wir hätten ſomit eine Klage, deren Grund eine einzelne beliebige Erwerbsart wäre. Abgeſehen von der Widerſinnigkeit dieſes Reſultats und davon, daß es eine ſolche Klage nicht giebt, hätte man alſo, indem man die Ausnahme machte, zugleich keine Ausnahme gemacht; denn eine Ausnahme wäre es nur, wenn die Klage noch immer die Eigenthumsklage wäre, was aber, wie geſagt, nicht der Fall iſt. Dazu kommt aber noch, daß man in unſern Zeiten in dem ſchon im Mittelalter geführten Streit, ob der Kläger bey Realklagen im Libell die Cauſa remota angeben müſſe (und dieß pflegt ja ohnediß zu geſchehen), ziemlich allgemein für die Bejahung dieſer Frage entſchieden hat, welche Entſcheidung auch durch die Reichsgeſetze gefordert wird [29]). Somit müßte jetzt immer »causa expressa« geklagt werden, und dieß hätte, wenn man derſelben die angegebene Wirkung beilegen wollte, die Folge, daß es gar keine Eigenthumsklage mehr gäbe.

28) cap. 3. de sentent. et re jud. in 6.

29) Gönner Handbuch des Proc. II. S. 180. f. Borſt im Archiv für civil. Pr. I. 14.

Deshalb glaube ich, daß nach dem jetzigen Recht der Umstand, ob jemand eine bestimmte Erwerbsart in der Klage angiebt oder nicht, in Absicht auf die Exceptio rei judicatä keinen Unterschied macht. Es ist mir erfreulich, daß ich in Petrus a Bellapertica, welchen Bartolus citirt [30]), einen Juristen nennen kann, der in diesem Resultat mit mir einverstanden ist, und zwar einen Juristen, der, so viel ich aus den Ausführungen seiner Meinungen namentlich bey Bartolus und Baldus entnehmen kann (denn er selbst ist mir nicht zugänglich), überhaupt durch sehr gesunde Ansichten sich auszeichnet, ungeachtet ihn diese Italiäner (wenigstens gilt dieß von Bartolus) nicht selten mit einer Art von Geringschätzung behandeln.

Ich kehre zum Schluß noch einmal zu unserer L. 14. §. 2. h. t. zurück. Die Worte non expressa causa ex qua rem meam esse dico sind bisher in dem Sinne genommen worden, welchen sie nach der gemeinen Meinung haben, und wonach sie die Möglichkeit ausdrücken, daß man auch expressa causa klagen, und damit die von Paulus angegebene Folge der Deduction aller Causä in judicium vermeiden könne. Wir haben gesehen, theils wie dieß nach römischem Proceß geschehen konnte, theils, daß heutzutage diese Möglichkeit mit der besonderen Proceßform per sponsionem wegfällt. Schon oben aber habe ich die Möglichkeit einer anderen Erklärung angedeutet, wornach die Stelle einen ganz andern Sinn erhält. Ich habe die weitere Ausführung davon hieher verschoben, theils weil an diesem Ort meine Aeußerungen darüber eine unbefangnere Gestalt haben können, nachdem die gemeine Meinung schon aus ihrer Intrepretation selbst heraus widerlegt worden ist, theils weil ich erst hier die Gründe für meine Erklärung vollständig darlegen kann.

30) Lectura ad L. 11. §. 2. et L. 14. §. 2. h. t.

Man zieht die angeführten Worte gewöhnlich zu dem Vorderſatz: at cum in rem ago. Dieß iſt nicht nothwendig. Man kann ſie eben ſo gut auf den folgenden Satz beziehen, und dann lieſt ſich die Stelle ſo: at cum in rem ago: non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. Der Sinn iſt hiernach folgender: Aber wenn ich in rem klage, ſo werden wegen Nichthervorhebung einer Erwerbsart in der Formel, alle Cauſä in judicium deducirt. Durch das non expressa causa wird alſo hier nicht eine Bedingung, deren Nichteintritt auch möglich wäre, ſondern eine nothwendige Eigenſchaft der Formel ausgedrückt, welche Paulus im Sinne hatte. Grammatiſch ſteht dieſer Erklärung nicht das mindeſte entgegen, materiell aber halte ich ſie aus folgenden Gründen für die richtigere. 1) der ganze §. 2. wird durch den Gegenſatz zwiſchen in rem und in personam actiones gebildet. So wie der Satz omnes causae — adprehenduntur, dem früheren nec ulla — vitiatur, ſo ſteht auch unſer Satz dem früheren: singulas obligationes singulae causae sequuntur gegenüber. In dieſem wird keine bloße Möglichkeit, ſondern der Rechtsſatz ausgedrückt, daß jede causa obligationis eine eigene causa actionis wird. Was iſt nun natürlicher, ja nothwendiger, als daß der Gegenſatz auch nicht bloß von einer Möglichkeit, ſondern davon ſpricht, daß in der Formel die Cauſa remota nicht exprimirt wird? Bei der gewöhnlichen Erklärung wird die Stelle völlig lahm. Und dieß iſt um ſo bedenklicher, als es gerade den Hauptpunkt trifft. Denn Paulus will einen abſoluten Unterſchied zwiſchen den beiden Gattungen von Klagen nachweiſen. Bey der Ausführung aber würde ſich's dann zeigen, daß dieſer Unterſchied eigentlich nur inſofern vorhanden ſey, als es dem Kläger non expressa causa zu klagen beliebt. 2) Der allgemeine Grund am Schluß der Stelle: neque enim amplius quam semel res mea esse potest, verträgt ſich mit der angeblichen Beſchränkung ſehr ſchlecht. Satz und Grund würden ſich ganz und

gar nicht entſprechen. 3) Die Beſchränkung könnte ſich, wie oben nachgewieſen worden iſt, nur auf den Sponſionsproceß beziehen; wie dunkel aber wäre dann dieſer Ausdruck, zumal wenn man bedenkt, daß dieſe Proceßform die ungewöhnlichere ja wahrſcheinlich zu Paulus Zeit im Untergang wenigſtens ſchon begriffen war. Eine hieher einſchlagende Interpolation aber iſt nach der ganzen Beſchaffenheit der Stelle nicht wohl denkbar. Wer mit dieſem Mittel der gewöhnlichen Erklärung aufhelfen wollte, müßte eine völlige Umarbeitung der Stelle durch die Compilatoren annehmen, was ich auf ſich beruhen laſſen will.

Endlich könnte noch die Frage aufgeworfen werden, was ſich die juſtinianiſchen Compilatoren unter den Worten gedacht haben? Dieſe Frage ſcheint mir indeſſen für unſeren Gegenſtand und nach ſeiner Beſchaffenheit wenig Intereſſe zu haben. Haben ſie die gewöhnliche Erklärung im Sinne gehabt, ſo iſt dieß gerade nichts außerordentliches. Intereſſant wäre es nur dann, wenn wir auch über die wirkliche Praxis jener Zeiten in dieſem Stück Auskunft hätten; dieſe fehlt uns aber. Dieß mag die Nichterörterung einer Frage entſchuldigen, welche ohnedem, wie ich wenigſtens dafür halte, nicht mit Gewißheit beantwortet werden kann.

Zur Pandektenkritik.

(Erster Beitrag.)

Von

Blume in Halle.

---

fr. 52. §. 2 med. pro socio (17, 2). Ulp. lib. 31 ad edictum. Si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum, aut agrum olitori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est; *pretium enim operae artis est velamentum.*

Der Hauptgedanke dieser Stelle ist leicht zu errathen: »wer in Societätsangelegenheiten besondere Dienste versprochen hat, darf sich darum nicht als Wohlthäter seiner Mitgenossen betrachten; er wird vielmehr für diese Dienste mit belohnt, und bleibt deshalb auch bei Leistung derselben zu besonderer Sorgfalt verpflichtet.« Aber worin besteht denn dieser Dienstlohn? In einer außerordentlichen, besonders bedungenen Vergütung, oder in dem Antheil an den gemeinsamen Vortheilen der Societät überhaupt? Diese Frage hängt von der Art und Weise ab, wie die verdächtigen Schlußworte der Stelle emendirt werden. Ich übergehe dabei das Wort *olitori*, weil ich in der That nicht wüßte, was gegen *Bynkershoek*, der so die florentinische Lesart *politori* gebessert hat [1]), zu erinnern wäre.

Der erste Anstoß liegt in dem Mangel einer Verbindungspartikel zwischen den Worten *operae artis*. Daß sie der Kürze

1) Obs. III, 9. Auch *Hasse* (culpa S. 215) hat die Lesart *olitori* ohne Weiteres angenommen.

halber abſichtlich von Ulpian weggelaſſen worden, wie Cujas angenommen hat, iſt in dem vorliegenden Zuſammenhange, zumal da die Worte keinen Kunſtausdruck bilden, nicht wohl zu glauben. Haloander hat *et* eingeſchaltet; aber dieſe Ergänzung iſt willkürlich und ſchleppend zugleich. Ich glaube vielmehr unbedenklich *operae artisve* vorſchlagen zu dürfen; theils weil unmittelbar vorher *operam artemve* vorkam, theils weil die Sylbe *ve* ſich gleich hinter *est* in dem Worte *velamentum* findet, alſo nur verſetzt zu werden braucht.

Die zweite, größere Schwierigkeit betrifft dieſes *velamentum*, an welchem nothwendig geändert werden muß. Hier ſcheint nun aber am leichteſten durch *emolumentum* geholfen, da Ulpian mit dieſem Worte gleich in den nächſten Sätzen dreimal den gemeinſamen Societätsgewinn bezeichnet [2]) hat. Dann würden wir auch hier das Reſultat erhalten: »ſchon in dem gemeinſamen Societätsgewinne iſt die Belohnung für die geleiſteten Dienſte (pretium operae artisve) mit enthalten.«

Dieſe Emendation würde wohl kaum einer beſonderen Rechtfertigung bedürfen, wenn es nicht eine andere gäbe, die ſich auf den erſten Blick als noch einfacher empfiehlt: velamentum in *levamentum* zu verändern. Dieſe Aenderung hat *Cujas* vorgeſchlagen, und *Du Ferron*, ſein gelehrter Zeitgenoſſe, will ſogar eine unmittelbare Beſtätigung derſelben in einer ſehr alten Handſchrift gefunden haben [3]). Wenn ich nun demohngeachtet ſolchen Autoritäten zu widerſprechen wage, ſo

2) fr. 52. §. 5 cod: „ut *emolumentum* ac damnum in his commune sentirent.“ fr. 63. §. 8 cod: “licet enim socius non sit, attamen *emolumenti* successor est ..... omne *emolumentum* societatis ad eum pertineat.“

3) *Cujacius* ad tit. Inst. de societate §. 2 (Opp. ed. Neapol. I, 217): »atque in vetustissimo codice prorsus ita se legisse mihi confirmavit *Arnol. Ferronius* senator Burdegalensis, cum juris civilis, tum omnium disciplinarum cognitione eruditissimus.“ — Die Autorität dieſes Namens wird uns jetzt mehr gelten als je, da wir durch Cramer's treffliche Nachrichten näher mit ihm bekannt geworden ſind. S. Hugo's civiliſt. Magazin VI, 23—33.

geſchieht dies aus folgenden Gründen. Erſtens fällt die Einfachheit der Aenderung hinweg, ſobald wir die Nothwendigkeit zugeben, operae artisve zu leſen; denn aus *lamentum* läßt ſich faſt eben ſo leicht *emolumentum*, als *leuamentum* machen. Wird aber dieſe Nothwendigkeit überſehen, ſo iſt in der That die Verſetzung des *u* und *l* ſo anſprechend, daß ſchon ein bloßer Abſchreiber darauf fallen konnte. Die Verbeſſerung macht ſich ſelber durch ihre zu große Leichtigkeit verdächtig. Bei der Pandektenkritik kann eine Handſchrift ſelten entſcheiden, und Brencman hat vergebens nach weiteren Beſtätigungen geſucht. — Zweitens bleibt *leuamentum* doch immer ein ungewöhnlicher Ausdruck, der ſich nur einmal bei Ulpian, und in unſeren juriſtiſchen Quellen überhaupt, wiederfindet [4]), und zwar in ganz anderer Beziehung, als auf Societätsverhältniſſe. — Drittens aber, und das iſt die Hauptſache, würde *leuamentum* einen ganz andern Sinn geben, als *emolumentum*, und zwar einen ſehr ſchlechten. Wir können die Worte *pretium enim operae artis est leuamentum* nicht anders verſtehen, als wie ſchon Cujas es wollte: »der beſonders verſprochene Lohn (pretium) iſt die Vergütung für ſeine Mühe (operae artis leuamentum).« Allein einen trivialeren Satz als dieſen, hätte Ulpian gar nicht niederſchreiben können. War dem socius ein beſonderer Lohn für ſeine Dienſte verſprochen, ſo konkurrirte ein Dienſtvertrag mit der Societät; es kam alſo darauf an, zu bemerken, daß ſchon der Dienſtvertrag zur diligentia verpflichte, nicht aber daß ein Dienſtlohn ſo viel ſey, als eine Belohnung von Dienſten. Ferner konnte Ulpian gar nicht einmal mit dieſen und den vorhergehenden Worten einen beſonderen Dienſtvertrag bezeichnen. Denn *polliceri* heißt nicht vermiethen, und pretium bedeutet keinen Dienſtlohn [5]); es ſind allgemeinere unbeſtimm-

4) fr. 3. §. 2. Si famil. furt. fec. (47, 6.)
5) *Varro* de LL. lib. IV. cap. 49. (S. 177 der Spengelſchen Ausgabe.)

tere Bezeichnungen eines Verſprechens und einer Vergütung. Uebrigens verſtehet ſich von ſelber, daß die Antheile an dem Societätsgewinne mit beſonderer Rückſicht auf die Bemühungen des einen Genoſſen beſtimmt werden konnten; aber es braucht auch nicht erſt gezeigt zu werden, daß man das keinen eigenthümlichen, ſelbſtſtändigen Dienſtlohn nennen dürfe. Daher mein Vorſchlag: *pretium enim operae artisve est emolumentum.*

Ueber

einige byzantinische Rechtscompendien des 9ten und 10ten Jahrh.

(Großentheils nach handschriftlichen Quellen.)

Vom

Herrn Prof. K. Witte in Breslau.

Von den zahlreichen byzantinisch-griechischen Rechtscompendien wurden zwar um die Mitte und gegen Ende des 16ten Jahrhunderts, besonders durch die Bemühungen Löwenklau's einige druckt; je mehr aber von den Basiliken selbst bekannt wurde, desto ausschließlicher wandten die gelehrten Juristen diesen ihre Aufmerksamkeit zu, und jene kleineren Werke wurden fast völlig vergessen. Die mehrfach beabsichtigte Herausgabe eines dieser ungedruckten Lehrbücher, mit dem wir uns noch weiter beschäftigen werden, ist fortwährend unterblieben, und (den unbedeutenden Psellus nicht zu rechnen) widerfuhr allein dem jüngsten unter allen, dem Harmenopul, die Ehre einer sorgfältigeren, kritischen Behandlung. Dennoch schien der spätern griechischen Juristen Fruchtbarkeit an Compendien nicht allein neben dem größeren Werke der Basiliken Beachtung zu verdienen; sondern in einer Hinsicht noch mehr als diese der Aufmerksamkeit des Literarhistorikers würdig. Die Basiliken verdanken allein ihre Zusammenordnung den Zeiten des Macedonischen Basil und seines Sohnes, jene Lehrbücher aber sind, wenigstens zum Theil, eignes Erzeugniß byzantinischer Rechtsgelehrten jenes Jahrhunderts. Die wissenschaftliche Fähigkeit des letzteren ist nur in jenen Compendien, nicht in den Basililen, und nicht in deren Scholien zu

erkennen, welche eines Theiles um vieles älter, andern Theiles aber um eben so viel, wo nicht um mehr jünger sind, als Basilius und Leo. Ein andres, obwohl geringeres, Interesse gewähren diese Schriften noch dadurch, daß sie, in steter Beziehung auf die älteren, namentlich Justinianischen, Sammlungen, uns nicht selten ein orientalisches Zeugniß über deren Inhalt gewähren, wo wir uns von den Basiliken verlassen sehen. Die letztere Rücksicht mag es nun hauptsächlich gewesen seyn, welche in neueren Zeiten wieder einige unserer Juristen veranlaßt hat, den erwähnten Compendien, und namentlich denen von Basilius und Leo unter Kaiserlicher Autorität ausgegebenen, welche den Justinianischen Zeiten am nächsten stehen, erneute Aufmerksamkeit zuzuwenden. Unter diesen unseren Rechtsgelehrten zeichne ich vorläufig folgende aus: Reitz, Zepernick, Haubold, Biener und Heimbach.

Damit indeß der Leser erkenne, wie schwierig hier die einfachsten literarhistorischen Bestimmungen sind, so bemerke ich im voraus, daß die Handschriften ein und desselben dieser Werke nicht allein dem Titel nach von einander abweichen, sondern auch mit verschiedenen Vorreden versehen sind, und weder der Zahl noch dem Inhalte der Abschnitte, in welche sie zerfallen, nach mit einander übereinstimmen *). Daraus erklärt es sich denn einfach, warum unter den drei Werken, die von den genannten Kaisern herrühren, zweie von unsern Juristen auf so entgegengesetzte Weise benannt werden, daß, was die Einen dem Basilius zuschreiben, den Andern für ein Werk des Leo gilt, und umgekehrt. Seit indeß insbesondre Reitz [1]), Haubold [2]) und Biener [3]) sich für die eine dieser Meinungen

*) Biener Geschichte der Novellen p. 132, 33.

1) In der Vorrede zum Harmenopul, Meermans Thesaurus T. VIII. p. x.

2) Manuale Basilicorum. Praefat. p. VII. In den Instit. hist. dogm. ed. Otto p. 205 sucht H. manche Bedenken durch die, gewiß unzulässige, Annahme einer zweiten Ausg. der Ekloga zu heben.

3) Geschichte der Novellen p. 131. No. 28.

erklärt, ist die entgegengesetzte des Zepernick[4]) und Pohl[5]), die Heimbach[6]) aufs neue verfochten, fast allgemein aufgegeben. Meine gelegentlich ausgesprochene Uebereinstimmung[7]) mit der Letzteren hat einen Briefwechsel über diesen Gegenstand zwischen Herrn Professor Biener und mir veranlaßt, welcher zwar bis jetzt auf keiner Seite die frühere Ueberzeugung geändert, wohl aber mich nicht allein im voraus mit allen den wichtigsten Gegengründen bekannt gemacht hat, sondern mir auch durch Bieners unvergleichliche Umsicht und Güte zu einer reichen Fundgrube von Argumenten und Notizen geworden ist. Insbesondere muß ich aber noch außerdem mit dem herzlichsten Danke die seltene Gefälligkeit erwähnen, mit welcher Herr Professor Biener mir Monate lang erlaubt hat, zwei ihm gehörige Handschriften, und einen Band des überaus seltenen Assemanni in meinen eignen vier Pfählen zu benutzen. Allerdings soll nun in folgender Abhandlung (die durch den zwischen Biener und mir schriftlich geführten Streit zunächst veranlaßt ward) die Frage nach dem Verfasser jener Werke nur einen Theil ausmachen und der Charakterisirung des Inhaltes wenigstens gleiche Aufmerksamkeit gewidmet werden; da indeß das Meiste von dem, was in der letzten Hinsicht beigebracht werden könnte, schon zur Beantwortung der ersten Frage wird benutzt werden müssen, so wird dem Anscheine nach die Untersuchung, nach Wem jene Schriften zu benennen seyen, für unseren Hauptgegenstand gelten können.

4) Praetermissa de vita et constitutionibus Leonis, in dessen Ausgabe von Beck de novellis Leonis p. 373 — 390, u. an mehreren andern Stellen desselben Buches.

5) In den Anmerkungen zu Suares. notitia Basilicorum p. 5. No. f. p. 35. No. a.

6) de Basilicorum origine. p. 93 — 118. Außerdem ist noch der ersten Meinung Bach. hist. j. IV. 2. 2. §. 12., der letzten aber Jac. Gothofred (biblioth. juris §. 6.). Für keine Meinung erklärt sich Schlosser Weltgeschichte II. p. 214 No. e, und ist durch seine Aufforderung ein vorzüglicher Anlaß zu gegenwärtiger Untersuchung geworden.

7) Tit. Basilicor. de div. reg. J. ant. Ad legem 56. p. 13.

Von den drei Rechtscompendien, mit denen wir uns beschäftigen, ist eines, wenigstens zum größeren Theile, bei Leunclavius im Jus graeco romanum (Ed. Freher. Frft. a. M. 1596 f.) T. II. p. 79 – 130 abgedruckt. Ueber das zweite haben Mai (im Catalog der Uffenbachischen Bibliothek p. 521 — 28.), Mascov (bei Puettmann Mem. Mascov. p. 87 seq.) und Reitz (in seiner Ausgabe des Harmenopul) ausführlichere Nachricht gegeben, doch ist es (mindestens in seiner ursprünglichen Gestalt) noch nicht gedruckt. Die Urheber dieser beiden Bücher sind, wie schon erwähnt, bestritten. Das dritte ist ebenfalls ungedruckt, und, so viel mir bekannt, noch von Niemanden genauer beschrieben, doch stimmen Alle darin überein, es dem Basil zuzuschreiben, und seine Abfassung in dessen letzte Regierungsjahre zu setzen. Wir wollen, um, bevor wir uns über die Urheber der beiden ersten geeinigt, eine paßliche Bezeichnung zu haben, die erste dieser Schriften Ekloga, die zweite Prochiron, die dritte Epanagoge nenuen. Es geschieht dies, wie sich weiter unten zeigen wird, in Uebereinstimmung mit der Mehrzahl der Handschriften.

Die Argumente, deren wir uns zur Unterstützung der einen oder andren Meinung bedienen können, sind äußerliche, oder innerliche. Aeußerliche, insofern wir uns auf die Titelangaben der Handschriften berufen, oder die Zeugnisse andrer alten Schriftsteller beibringen, welche das streitige Werk erwähnen, und dabei den Verfasser desselben nennen. Innerliche, wenn wir aus dem Inhalt jener Werke Folgerungen in Betreff der Zeit ihrer Entstehung und ihrer Urheber ziehen.

§. 1.

So fragen wir denn zuerst, Wem die Ekloga in Handschriften beigelegt werde?

In der Kaiserlichen Bibliothek zu Wien sind zwei Manuscripte dieses Werkes mit einer Ueberschrift versehen[8]); beide

8) II. 3, und VIII., unter den griech. juriſt. HSS., in der alten Ausg. des Lambecius, der einzigen die mir hier in Breslau zu Gebote steht T. IV. p. 11. u. 33.

enthalten indeß, wie weiter unten genauer angegeben werden wird, eine von dem Leunclaviſchen Drucke abweichende Recenſion. Der Titel lautet in beiden faſt übereinſtimmend: „*Ἐκλογὴ τῶν νόμων ἐν συντόμῳ, γενόμενη παρὰ Λέοντος καὶ Κωνσταντίνου, τῶν σοφῶν βασιλέων, ἀπὸ τῶν Ἰνστιτούτων, τῶν Διγέστων, τοῦ Κώδικος, καὶ τῶν Νεαρῶν τοῦ μεγάλου Ἰουστινιανοῦ διατάξεων, καὶ ἐπιδιόρθωσις εἰς τὸ φιλανθρωπότερον.*"

Dieſe ſelbe Inſchrift findet ſich in mehrern andern Manuſcripten mit Hinzufügung einer Jahreszahl. Dieſe lautet in einer Palatiniſch-Venetianer Handſchrift [9]), und in Leunclavs Ausgabe [10]) (welche die Handſchrift des Sambucus befolgte) folgendermaßen: *ἐκτεθεῖσα μηνὶ Μαρτίῳ. ἰνδικτ. Θ'. ἀπὸ κτίσεως κόσμου ἔτει ϛ τ μ ζ.* Eine Münchner Handſchrift [11]) dagegen vermehrt, und eine Florentiner [12]) vermindert die Zahl der Hunderte um eins, und ließt auch in den Einern *'η'* ſtatt ζ.

Ebenſo lautet auch die Inſchrift in der Leunclaviſchen Ausgabe, welche den Codex des Sambucus befolgt, nur daß am Ende noch hinzugefügt iſt: „*ἐκτεθεῖσα μηνὶ Μαρτίῳ, ἰνδικτ. Θ', ἀπὸ κτίσεως κόσμου ἔτει ϛ τ' μ' ζ',*" womit dann wieder eine Palatiniſch-Vaticaner und eine Münchner Handſchrift im weſentlichen übereinſtimmen, nur daß die letzte das Jahr, *ϛ φ μ ζ* hat.

Denſelben Titel, nur mit dem Unterſchiede, daß Konſtantin nicht mitgenannt wird, bietet nach Aſſemanni [13]) vermuth-

9) Die Nummern der Palatiner HSS. ſtimmen bei Sylburg (Catalogus libr. mss. graec. in den Monumentis pietatis et literariis Frf. 1701. 4.) und Aſſemann überein. Die gegenwärtige iſt beiden No. 55. Suareſius, in der Notitia Basilicorum hat ganz andre Nummern für die Codices, und nennt den gegenwärtigen 223.

10) In dem von Freher Frcf. 1596 f. herausgegebnen jus graeco rom. II. p. 79.

11) No. 309. Beſchrieben von Hardt in Aretin Beiträge zur Geſchichte und Lit. Bd. V. Münch. 1805. p. 487.

12) Plut. IX. cod. 8. No. 59. bei Bandini T. I. 403.

13) Bibliotheca Juris orientalis canonici et civilis. Romae

lich die Vaticaniſche Handſchrift No. 640, welche ſich zwar ebenfalls der vorhin erwähnten Recenſion anſchließt, dennoch aber die Capitel des Textes auf etwas abweichende Weiſe anordnet.

Ferner ſcheinen noch die beiden Codices der Oxforder Bodleyſchen Bibliothek No. 8. 8. und 264. 18. hierher zu gehören, die im Cataloge [14]) als Leonis Imp. et Constantini leges selectae aufgeführt werden. Vermuthlich iſt es eine neuere Abſchrift dieſer beiden Manuſcripte, die in den libris Mss. Angl. et Hib. I. p. 290, unter den Büchern des Thomas Barlow, mit dem Namen des Baſilius, Konſtantin und Leo aufgeführt wird.

Endlich wird ein Fragment deſſelben Werkes im Anhange der Leunclaviſchen Synopſis (p. 32) unter dem wenig abweichenden Titel mitgetheilt: „*Ἔκθεσις νόμων τινῶν, γενομένη, παρὰ Λέοντος καὶ Κωνσταντίνου, τῶν φιλευσεβῶν βασιλέων, ἀπὸ τῶν Ἰνστιτούτων, καὶ τῶν Διγέστων, καὶ τοῦ Κώδικος, καὶ τῶν Νεαρῶν τοῦ μεγάλου Ἰουστινιανοῦ διατάξεων ἐπιδιορθώσει εἰς τὸ φιλανθρωπότερον ἐκτεθεῖσα.*"

Von dem Prochiron lautet der Titel zunächſt in der Bieneriſchen, ehemalig Meermaniſchen [15]), Handſchrift ſo: „*Ὁ πρόχειρος νόμος. Ἐν ὀνόματι τοῦ δεσπότου Ἰησοῦ Χριστοῦ τοῦ Θεοῦ ἡμῶν αὐτοκράτορες καίσαρες Βασίλειος, Κωνσταντῖνος καὶ Λέων εὐτυχεῖς, εὐσεβεῖς ἔνδοξοι, νικηταὶ, τροπαιοῦχοι, ἀεισέβαστοι, πιστοὶ, Ἄνγουστοι.*"

Komarek 1762. 4. Lib. secund. p. 557. Er giebt den Titel nur lateiniſch.

14) Libri MSS. bibl. Bodl. In Catal. MSS. Angl. et Hib. Oxon. 1697. Ich bin genöthigt, hier nach Excerpten zu citiren, die ich vor mehr als zwölf Jahren gemacht, deren Genauigkeit ich alſo nicht unbedingt traue.

15) Dieſe ſelbe HS. benutzte Reitz für ſeinen Harmenopul, und druckte aus ihr in der Vorrede Proömium und Titelverzeichniß ab. Jetzt liegt ſie durch die bereits erwähnte große Güte des Beſitzers vor mir. Vgl. Biener coll. can. (ſ. u. No. 45) p. 27. No. 5.

Genau dieſelbe Inſchrift findet ſich in einem Münchner [16]) und zwei Wiener Manuſcripten [17]). In einer andern [18]) dagegen findet ſich folgende weſentlich verſchiedne: „*Βασιλείου, Κωνσταντίνου καὶ Λέοντος, τῶν σοφῶν καὶ φιλευσεβῶν βασιλέων, ἀπὸ τῶν Ἰνστιτούτων, τῶν Διγέστων, τοῦ Κώδικος καὶ τῶν Νεαρῶν τοῦ μεγάλου Ἰουστινιανοῦ διατάξεων Ἐκλογὴ τῶν νόμων καὶ ἐπιδιόρθωσις, ἐκτεθεῖσα εἰς τὸ φιλανθρωπότερον ἐν μηνὶ Μαρτίῳ, Ἰνδικτ. Θ', ἔτους ἀπὸ κτίσεως κόσμου ϛτπδ'. Ἐν ὀνόματι τοῦ πατρὸς καὶ τοῦ υἱοῦ καὶ τοῦ ἁγίου πνεύματος αὐτοκράτορες, καίσαρες Βασίλειος, Κωνσταντίνος καὶ Λέων, νικηταὶ, τροπαιοῦχοι, εὐσεβεῖς, ἀεισέβαστοι πιστοὶ, Ἄὔγουστοι.*“

Mit dieſer zuletzt gegebenen Inſchrift ſtimmen wieder eine Vaticaniſche [19]), und eine Pariſer [20]) überein; nur mit dem Unterſchiede, daß jene zu Anfang ſtatt der drei Kaiſer nur *Λέοντος καὶ Βασιλείου* [21]), und ſtatt des Jahres 6384 der Welt, 6247, die Pariſer aber 6447 hat. Darf man übrigens dem Kataloge trauen, ſo ſtehen in der eben bezeichneten, und in noch einer andern Pariſer Handſchrift [22]) die Namen der Kaiſer verkehrt: Leo, Const. u. Bas.

Dieſelben Kaiſer werden von einem Neapolitaner Manuſcripte [23]), und von dem anderen angegeben, das ſich in der Bibliothek des Antonius Auguſtinus [24]) befand.

Eine Turiner Handſchrift nennt Baſilius, Leo und Alexander als Urheber [25]).

16) III, 14. VII, 1. bei Lambec. p. 19 u. 31.
17) No. 309. bei Hardt. p. 484.
18) VI, 1. bei Lambec. p. 24.
19) No. 856. Assemann. l. c. p. 549.
20) No. 1356.
21) Ueber der Vorrede ſtehen indeß auch hier die drei Kaiſer Baſ., Conſt. u. Leo.
22) No. 1343.
23) No. 202. Nach dem Catal. Mss. graec. bibl. reg. Neap. in Fabricii bibl. graeca, ed Harles. T. V. p. 787.
24) No. 170 des Cataloges in Auguſtins Opera T. VII. p. 54.
25) Pasini. c. II. c. IV. 18. p. 199. Dieſe Abweichung erklärt ſich durch die falſch vorgeſetzte Vorrede.

Das Uffenbachiſche, jetzt Leipziger Manuſcript endlich hat folgende eigenthümliche, aber von neuerer Hand hinzugefügte[26]), Inſchrift: „*Ἐκλογαὶ νόμων ἐν συντόμῳ γενόμεναι παρὰ Λέοντος καὶ Κωνσταντίνου, τῶν σοφῶν βασιλέων ἀπὸ τῶν Ἰνστιτούτων, τῶν Διγέστων τοῦ Κώδικος, τῶν Νεαρῶν διατάξεων τοῦ μεγάλου Ἰουστινιανοῦ. Ῥούφου καὶ Πιναλίου καὶ Ῥοδίωνος ἐπὶ διορθώσεως τῶν φίλων.*"

Die Epanagoge endlich iſt in der Vaticaner Handſchrift[27]) folgendermaßen überſchrieben: „*Προοίμιον τῆς ἐπαναγωγῆς τοῦ νόμου σὺν Θεῷ ἐμφανεστέρου, ὑπὸ Βασιλείου καὶ Λέοντος, καὶ Ἀλεξάνδρου, τῶν πανταγάθων καὶ εἰρηνοποιῶν βασιλέων.*"

Dieſelbe Inſchrift findet ſich in einem Palatiniſch Vaticaner Codex[28]), in einem andern[29]) dagegen heißt es bloß: „*Τοῦ βασιλέως κυροῦ Λέοντος τοῦ φιλοσόφου ἐπιτομὴ τῶν νόμων*", was der einfachen Inſchrift des Bieneriſchen Codex[30]): „*Λέων βασιλεὺς*" nahe kommt.

Mit der zuletzt genannten Palatiner Handſchrift ſcheint wieder eine genau eben ſo überſchriebene der Laurentianer Bibliothek[31]) vollkommen übereinzuſtimmen.

---

26) Nach Mai, und nach Bieners brieflicher Mittheilung.
27) cod. 181. nach Zanetti Bibliotheca graeca p. 104.
28) No. 55 *f* 223 Assemann p. 576. Suares. ed. Pohl. p. 9.
29) No. 19 *f* 196(?) Assemann. p. 573. Suares. p. 14.
30) Dieſe Handſchrift wird unter der falſchen Bezeichnung als Ecloga Leonis ſchon von Reitz in der Vorrede zum Hermanopul p. 10 angeführt. Die zweite Bieneriſche Handſchrift der Epanagoge, die weiter unten wieder erwähnt werden wird, war urſprünglich ohne Inſchrift, erhielt aber, wie Reitz a. a. O. bemerkt, ſpäterhin die folgende: *Λέοντος καὶ Κωνσταντίνου βασιλέων ἐκλογὴ τῶν νόμων ἐν συντομῇ.*
31) Plut. LXXX. cod. 6. No. 28. Bandini III. 184. — In derſelben Bibliothek Plut. LVI. cod. 13. No. 20 (Bandini II. 311.) kommt ein Rechtscompendium vor, deſſen Ueberſchrift an die der Ekloga, od. des Prochiron erinnern möchte, und das namentlich in der erſten Rubrik ſowohl mit der Ekl., als mit der Epanagoge übereinſtimmt. Das Wenige aber, was Bandini ſonſt davon mittheilt, will ſich mit keinem jener Werke vereinigen laſſen. Die Anfangsworte bei Bandini

Trotz mancher Abweichungen einzelner Manuscripte möchte es wol scheinen, als ob die Verfasser der Ekloga und des Prochiron wenigstens von der entschiedenen Mehrheit der Handschriften gleichmäßig angegeben würden, und demzufolge das Prochiron dem Basilius, Konstantin und Leo, die Ekloga dagegen dem Leo und Konstantin zufielen [32]). Bei genauerer Betrachtung fällt aber alle Bedeutung dieser Inschriften weg. Es zeigt sich nämlich, daß Ekloga und Prochiron im Grunde nur eine und dieselbe Inschrift, bald mehr, und bald weniger verkürzt, an der Spitze tragen, und daß alle Verschiedenheiten, nur aus den Umbildungen derselben entstanden sind. Am vollständigsten steht sie in der Wiener Handschrift VI. 1.; die meisten übrigen Manuscripte, sowohl der Ekloga als des Prochiron haben die ausführliche Aufzählung der Quellen nebst der Jahreszahl aufgenommen, einige Codices des Prochiron aber haben nur die Inscription des Prologes. Jene Jahreszahl nun, die außer den schon erwähnten Handschriften noch vor einer einzelnen Abschrift des (wie unten gezeigt werden wird) zur Ekloga gehörigen Prologes wiederkehrt, ist aller Verschiedenheiten ungeachtet, wie die constante Indictionsangabe beweist, nur ein und dieselbe. Die Indiction aber trifft von Basilius Regierungsantritt bis zu Leo's Tode nur auf die Jahre 876, 891 und 906. Wäre nun eins der beiden letzten Jahre gemeint, so müßten die Kaiser Leo und Alexander als Alleinherrscher genannt seyn; diese beiden aber finden sich in keinem Manuscripte. So muß denn das Jahr Christi 876, oder der Welt 6384, wo Basilius, Constantin und Leo regier-

möchten einer Vorrede zugehören. Merkwürdig ist dabei, daß dieselbe Titelzahl, Ueberschrift und Anfangsworte sich in der Bodleyschen HS. No. 173, 173 (p. 22) wiederfinden.

32) 866 wird Basil Michaels Mitregent, 867 nimmt er den Thron allein ein, den er 868 mit Constantin und 870 noch mit Leo theilt. Nach Constantins Tode, und wenigstens seit 879 wird Alexander Mitregent. 886 folgt Leo seinem Vater, und behält Alexander als Mitregenten bei. 910 zieht er auch seinen kleinen Sohn Constantin mit zur Regierung. 912 stirbt Leo, und 913 Alexander.

ten, das rechte seyn, und in der That bestätigen die Wiener Handschriften VI. 1. und Theol. gr. No. 253[33]) diese Bestimmung. War aber die ursprüngliche Inscription Basilius, Constantin und Leo, so erklären sich die Entstellungen ganz einfach: Leo war den spätern Griechen als der große Reformator des Rechtes vorzugsweise bekannt, sein Name fiel daher den Abschreibern zunächst ins Auge. *Βασιλείου* und *βασιλέων* war leicht zu verwechseln; dann blieben Constantin und Leo als Mitregenten, und daß Leo wirklich einen Constantin (freilich einen andern, als den in der ursprünglichen Inschrift gemeinten[34]), neben sich auf den Thron gesetzt, konnte bekannt seyn. So entstand *Λέοντος καὶ Κωνσταντίνου*, woraus dann auch zuweilen blos *Λέοντος* werden mochte.

§. 2.

Unter den Anführungen dieser Compendien dürfte die des Prochiron in den Basiliken die älteste seyn. Im 37sten Titel des 60sten Buches nämlich stimmen, wie zum Theil schon Reitz[35]), und vollständiger Biener[36]) bemerkt haben, cap. 73—86 mit dem Prochiron (Tit. 39.) wörtlich überein, obgleich die Ordnung der einzelnen Capitel geändert ist. Ich citire nach den Zahlen der Bienerischen Handschrift Bas. 73 = Proch. 41; 74, 75 = 39, 40; 76 = 63; 77 = 66; 78, 79 = 56, 57; 80, — 83 = 59 — 62; 84 = 53; 85 = 64; 86 = 68. Allerdings findet sich die Mehrzahl dieser Stellen auch in der Ekloga (Tit. 28.); doch ist die Uebereinstimmung mit der letzteren meistens nur dem Sinne nach und nicht wörtlich. Einzelne Verweisungen giebt schon Reitz in den Noten zu den Parallelstel-

33) Diese bei Lambec. V. 162 beschriebene HS. enthält, wie ich aus eigner Ansicht weiß, blos das (mit dem Abdruck bei Leunclav fast ohne Variante übereinstimmende) Proömium, nicht den Text der Ekloga.

34) Vgl. über diese Verwechselungen Wacchtler in den Acta Eruditor. v. 1715 (Opuscula, ed. Trotz. p. 589.)

35) Zu Harmenopul VI. 3. §. 10.

36) Gesch. d. Nov. p. 129. No. 24.

len im Harmenopul (VI. 2 ff.). Im Zuſammenhange ſind es folgende[37]): 76 ∽ 14; 77 ∽ 45; 78 ∽ 27; 79 ∽ 43; 80 ∽ 16; 81 ∽ 10; 82 ∽ 12; 83 ∽ 11; 84 ∽ 17 — 19; 85 ∽ 29; 86 = 22. Da nun dieſe Stellen auf das Juſtinianiſche Recht nicht zurückzuführen ſind[38]), ſo iſt anzunehmen, daß die Baſiliken ſie aus dem Prochiron oder umgekehrt dieſes aus jenen entlehnt haben. Für das erſte aber entſcheidet ſich das Scholion d. zu LX. 51. Bas. 38. Fabr. VII. 860: „*Τοῦτο ἄλλως διέξεισι τὸ πγ΄ κεφ. τοῦ λζ΄ τιτλ. ἔστι δὲ τοῦ προχείρου νόμου τὸ κεφάλ. ἐκεῖνο, καὶ ἀναιρεῖται τὸ προκείμενον ὑπ ἐκείνου.*" Da indeß weder im Texte, noch im Schol. der Urheber jenes Prochiron genannt wird, ſo iſt dieſe Stelle nur eine Beſtätigung für den Namen Prochiron. Wichtiger ſind die Aeußerungen Harmenopuls in der Vorrede zu ſeinem Prochiron. Hier ſagt er in der (bei Reitz p. 6. abgedruckten) προθεωρία: *Βιβλίον νόμων πάλαι πεποίηται τοῖς περὶ τὸν Βασίλειον καὶ Κωνσταντῖνον καὶ Λέοντα, τοὺς εὐσεβεστάτους βασιλέας, πρόχειρον οὕτω καλούμενον, ἐν ἐπιτομῇ τὰ τῶν νόμων διεξιὸν, ὅπερ νῦν ἡμεῖς ἐντυχόντες πολλὰ μὲν ἐκ τῆς ὑποσχέσεως ἐτεθήπειμεν, πρὶν ἢ τοῦτο διεξιέναι· „ἓξ ἑκάστου" γάρ φησι „τῶν νόμων βιβλίου τὰ ἀναγκαῖα καὶ χρειώδη καὶ συχνῶς ζητούμενα ἀναλέξασθαι, καὶ ταῦτα κεφαλαιωδῶς ἐν τῷ δὲ τῷ προχείρῳ τῶν νόμων ἐγγράψασθαι, καὶ μηδὲν σχεδὸν παραλιπεῖν, ὅσα τοῖς πολλοῖς ἐν γνώσει καθίστασθαι δίκαιον.*" *Οὕτω πῶς ἐν προοιμίοις λέγει*[39]). Daß zu-

37) Ich bediene mich des Aehnlichkeitzeichens (∽), um Gleichheit des Sinnes von wörtlicher Uebereinſtimmung (=) zu unterſcheiden.

38) Die L. 37. C. Ad L. Jul. de adult. iſt allerdings eine dieſer Stellen (Proch. XXXIX. 41.), aber ſie iſt auch mit großem Unrecht von Charondas in den Juſtinianiſchen Codex aufgenommen. Seltſam iſt die Aeußerung von Leunclav (Notata II. 112 in Otto Thes. III. 1527.) ſie ſey zwar von ſpätern Kaiſern, würden aber zweckmäßig in die Ausgaben des corp. juris aufgenommen werden.

39) Es iſt unſern Civiliſten nicht unbekannt (Hugo 10te Rechtsgeſch. p. 1020. Biener Geſch. d. Nov. p. 157; den Aufſatz v. Clonary kenne ich nicht), daß Harmenopul ins Neugriechiſche überſetzt, und öfters gedruckt iſt, doch habe ich nirgend eine genauere Notiz darüber

nächſt die von Harmenopul angeführte Vorrede dieſelbe iſt, von der unten nachgewieſen werden wird, daß ſie zum Prochiron gehört, beweiſt folgende wörtlich übereinſtimmende Stelle der letzteren: „ἐξ ἑκάστου βιβλίου τὰ ἀναγκαῖα καὶ συχνῶς ζητούμενα ἀνατάξασθαι, καὶ ταῦτα κεφαλαιωδῶς ἐν τῷδε τῷ προχείρῳ νόμῳ ἐγγράψασθαι, μὴ παραλιπόντες σχεδὸν, ὅσα τοῖς πολλοῖς ἐν γνώσει καθίστασθαι δίκαιον.“ Daß aber Harmenopul nicht etwa eine Handſchrift vor ſich liegen hatte, in der dieſe Vorrede mit der Ekloga ſtatt mit dem Prochiron verbunden war, erhellt aus dem ganzen Inhalt des Harmenopuliſchen Promptuarium. Er ſagt nämlich, er habe jenes Baſiliſche Prochiron ſeinem eignen zum Grunde gelegt; und in der That findet man, wie weiter unten noch genauer nachgewieſen werden ſoll, unſer ganzes Prochiron in den Harmenopul verwoben. Daraus folgt denn auf das deutlichſte, daß das Prochion um Harmenopuls Zeit nicht dem Leo, ſondern dem Baſil zugeſchrieben ward.

gefunden. Ich verdanke meinem gelehrten Freunde, dem Ritter Muſtoxides aus Corfu, ein Exemplar der Venetianer Ausgabe von 1805 (παρὰ Πάνῳ Θεοδοσίου, τοῦ ἐξ Ἰωαννίνων) Quart. Die Vorrede iſt von Garaſimos, Metropoliten von Heraklea unterſchrieben, und es wird in ihr von der Ueberſetzung ſelbſt, als von dem aufgefundenen Werke eines Anonymus geſprochen. Alexios Spanos aber habe ſie auf Antrieb des Vorredners nach dem Originale durchgeſehen, berichtigt und das ἐγχειρίδιον περὶ τῶν συνοικεσίων hinzugefügt (προσετέθη). Ich habe noch nicht Muße gehabt, zu unterſuchen, ob der der Ueberſetzung zum Grunde gelegte Text von dem unſrer Ausgaben ſelbſtſtändig iſt. Um indeß von der Schreibart eine Probe zu geben, theile ich die Stelle, die oben im Originale ſteht, hier in der Ueberſetzung mit: Βιβλίον ἔγονε Νόμων παρὰ τῶν εὐσεβεστάτων Βασιλέων, Βασιλείου, Κωνσταντίνου, καὶ Λέοντος, πρόχειρον ὀνομαζόμενον, ἔστωντας καὶ νὰ περιέχῃ τὰ πολλὰ καὶ διάφορα βιβλία τῶν Νόμων κατ' ἐπιτομήν. τὸ ὁποῖον ἔστωντας νὰ τὸ εὕρωμεν ἡμεῖς, ἐθαῤῥεύσαμεν νὰ εὕρωμεν πολλὰ ἀναγκαῖα, καὶ χρειαζόμενα εἰς αὐτὸ, ἐκ τῆς ὑποσχέσεως καὶ μόνης ὁποῦ ὑπέσχετο, καὶ ἔταξεν εἰς τὴν ἀρχὴν τοῦ προοιμίου αὐτοῦ, πῶς ἐδιάλεξε, καὶ ἐσύναξεν ἀπὸ πᾶσαν βίβλον τῶν Νόμων ἀναγκαιότερα, καὶ χρειαζόμενα, καὶ ὅσα συχνάκις ζητοῦνται, καὶ ἔγραψε ταῦτα πάντα κεφαλαιωδῶς εἰς τὸ βιβλίον τοῦτο, καὶ κοντολογῆς πῶς δὲν ἄφησε κενένα ἀπὸ ὅσα εἶναι γνώριμα εἰς τοὺς πολλοὺς, καὶ ὁποῦ εἶναι δίκαιον καὶ πρέπον νὰ τὰ ἐξεύρῃ καθ' ἕνας.

Für die Ekloga ſind ein Paar alte Zeugniſſe, deren genauerer Urſprung ſich nicht nachweiſen läßt[40]), die aber gewiß aus alten guten Handſchriften ſtammen, in Löwenklau's jus graeco-romanum erhalten. In den Büchern 2, 4 und 5 (p. 178, 296 und 394) des erſten Bandes werden nämlich Stücke eines Rechtsbuches (die ich bei Bonaſidius vergeblich geſucht habe) beigebracht, und gleichmäßig als *ἀπὸ τοῦ νομίμου βιβλίου Βασιλείου, Κωνσταντίνου καὶ Λέοντος* entlehnt, bezeichnet. Dieſe Citate ſtimmen nun genau zu dem Abdruck der Ekloga bei demſelben Löwenklau (II. 1—5. III. 1—4. u. 8. VIII. 1. 2.), nur ſieht man, daß ihr unbekannter Urheber den zweiten Titel als eine Fortſetzung des erſten anſah, und weiterhin noch zweimal zwei Titel in einen zuſammenzog, wie eben dieſelbe Zuſammenziehung ſich auch in dem Vaticaniſch-Palatiniſchen Codex 19 der Epanagoge findet[41]). Dieſes Zeugniß würde noch wichtiger ſeyn, wenn nicht eben dieſelben Stellen ſich auch in der Epanagoge, die in den erſten Titeln faſt genau mit der Ekloga übereinſtimmt (ſ. weiter unten), fänden. Ich habe die Bieneriſche Handſchrift der Epanagoge mit jenen Citaten und mit der Ekloga verglichen. Allerdings aber iſt das ein unſicheres Verfahren, da die Handſchrift ziemlich nachläſſig geſchrieben, und Leunclav's Abdruck ohne beſondre kritiſche Sorgfalt gemacht iſt; in der That ſchwanken die Varianten auch hin und her. Dennoch aber zeigen die Citate mehr Uebereinſtimmung mit der Ekloge, als mit der Epanagoge, was namentlich einige bedeutende Varianten in II. 1, 5, III. 4. in f. beweiſen, wie denn auch die bezeichneten drei Kaiſer auf keine Weiſe zu der Epanagoge paſſen wollen[42]). So bliebe denn kein anderes Mittel, dies Zeugniß zu entfer-

40) Es heißt nur ganz allgemein zu Anfang des zweiten Buches Ex Leunclavii pleraque bibliotheca et Sambuci. Das vierte wird dem Leunclav, und das fünfte dem Boneſid ausſchließlich zugeſchrieben.

41) Aſſemann p. 573.

42) Nach brieflichen Mittheilungen von Biener findet ſich ein ganz ähnliches Citat in der ruſſiſchen Kormczaja Kniga.

nen, als mit Biener[43]) anzunehmen, daß manchen Handschriften des Prochiron, die zehn ersten Titel der Ekloga willkührlich vorangeschrieben, und daß diese alsdann unter dem allgemeinen Namen des Prochiron mitbegriffen worden seyen. Wie es sich aber mit diesen Handschriften verhalte, wird unten genauer untersucht werden.

In der Pariser Handschrift 1321 scheint, nach der Zusammenstellung des dritten Buches der Basiliken mit dem achten Titel eines dort sogenannten Prochiron zu schließen, der Ekloga dieser Name gegeben zu werden.

Für die entgegengesetzte Behauptung, welche die Ekloga dem Leo zuschreibt, ist noch ein Zeugniß anzuführen, das unmittelbar sehr jung ist, mittelbar aber ein bedeutendes Interesse gewinnt; ich meine das des Cretenser Nicolaus Comnenus Papadopoli[44]). Er erwähnt mehrmals (namentlich p. 363, 402.) unter dem Namen eines Compendium legum Leo des Weisen ein Rechtsbuch, das nach den Anführungen kein andres als die Ekloga seyn kann. Diese an sich unbedeutenden Citate, die der gelehrte Grieche aber sowohl seiner occidentalischen, als orientalischen Erudition entnommen haben könnte, erhalten dadurch ein besondres Gewicht, daß Comnen zugleich an vielen Stellen die Commentare griechischer und zum Theil bedeutend älterer Juristen, namentlich des Garidas, Stephanus (vergl. Heimbach p. 76.), Matthaeus Dorotheus Monachus (Blastares), Theophilitzes und Theodorus zu diesem Compendium anführt. Nun wäre es zwar möglich, daß Comnen ent-

43) Gesch. d. Nov. p. 220. No. 147. Die an dieser Stelle angeführten HSS. sind Codices der Synagoge.

44) Praenotationes mystagogicae ex jure canonico. Patavii 1697. fol. Biener Gesch d. Nov. p. 65. No. 64 äußert, die Notizen des Papadopoli seyen höchst wahrscheinlich erdichtet. Ich kenne die Gründe nicht, die Biener zu diesem Urtheile bewogen. Gewiß aber ist es, daß, im Fall es zu strenge wäre, das Buch des Papadopoli uns die überraschendsten, und, weit mehr als bis jetzt geschehen ist, zu beachtenden Nachrichten über eine späte Blüthe der byzantinischen Jurisprudenz überlieferte.

weder die Anmerkungen, als zu einem Werke Basil's gehörig, vorgefunden, und, nach seiner Meinung über den Verfasser jenes Buches, willkührlich anders bezeichnet hätte, oder daß jene Commentare gar nicht zur Ekloga, sondern zum Prochiron gehört hätten. Wahrscheinlicher ist es, aber immer, daß in späterer Zeit die Meinung im griechischen Orient allgemein geworden war, Leo sey der Urheber der Ekloga, wie denn auch die Slavonische, im 13ten Jahrhundert angefertigte Uebersetzung unter Leo's Namen verbreitet ist[45]). Dem gegenüber mußte dann, wie bei Harmenopul, Basil das Prochiron verfaßt haben.

Die Sätze des Civilrechts, die Blastares in sein *σύνταγμα κατὰ στοιχεῖον* unter der Ueberschrift *νόμος*, oder *νόμοι πολιτικοὶ* verwebt hat, lassen sich oft in dem Prochiron, zum Theil aber auch in der Ekloga wörtlich wieder erkennen. So möchte man denn vermuthen, eines dieser Werke, oder vielleicht eine Handschrift, in welcher beide auseinander ergänzt waren, sey, wo nicht die einzige, doch die wesentlichste Quelle für Blastares Kenntniß des Civilrechts gewesen[46]). Um diese Vermuthung zu prüfen, habe ich den Buchstaben A des Syntagma genauer verglichen; kann aber nicht sagen, daß diese Untersuchung jene Conjectur bestätigt habe. Unter den *νόμοις* dieses Buchstabens ließen sich folgende Stellen[47]) auf das Prochiron zurückführen: cap. I. 1, 2 = Proch. XXXIX. 29. 30; IV. 1, 2 ∽ XIV. 1, 2; 6 = XXXI, 3; 9 = XIV. 8; 10 = XXXI. 4; V. 1. ∽ XXXIX. 68; XII. 1. ∽ XXXIX 23; 3 = 44b; 4 = 44a; XIII. 1 = XXXIX. 36, 32; 3 = VII. 26; XIV. 1 = XXXIX. 67. Von den übrigen Stellen stimmt allein IX. 1, 2 mit Ecl. IX. 4, und auch nicht einmal wörtlich überein. Von mehreren andern läßt sich wenigstens

45) Biener de collect. canon eccl. graecae. Berol. 1827. p. 57.
46) Biener Gesch. d. Nov. p. 220. 21.
47) Ich citire die einzelnen Absätze der in jedes Capitel aufgenommenen *νόμοι* (nach der Ausgabe von Beveridge) mit arabischen Ziffern.

die entferntere Quelle angeben; namentlich IV. 4 = Attaliotae Syn. XII. 5; 7 ∽ L. 3. Cod. De his qui veniam; 8. ∽ Attal. V. 3; 11. ∽ L. 7 §. 7. De pactis; 12 = LX. 22. Basilic. 6. (Fabrot: VII. 502.); 13 ist mit Harmenop. I. 18 §. 37 gleichlautend, woraus aber beide geschöpft, weiß ich nicht. VI. 1. ∽ Nov. 123. c. 13; XII. 2. ∽ L. 2. pr. De vi bon. rapt.; 5 = LX. 18. Basil. 11. (Fabr. VII. 438.); XIII. 2, 4. ∽ L. 1. C. De rapt. virg. und Nov. Leon. 35; 7 = LX. 18. Basil. 5 §. 2. (Fabr. VII. 437.); 10 ∽ Nov. 17. c. 7; XVI. 1. ∽ Nov. Leon. 17; XVIII. 1. ∽ Nov. 123. c. 11. Merkwürdig ist auch noch die Stelle unter den νόμοις IX. 3, die eine Verordnung enthält, welche jünger als Manuel Comnenus († 1180) ist. Einige Stellen endlich weiß ich nicht nachzuweisen, und darunter sind die ausgezeichnetsten die des zweiten und des fünfzehnten Capitels. Aus dem Allen scheint dann hervorzugehn, daß Blastares seine Kenntniß des Civilrechtes entweder zum weitaus größeren Theile, neben dem Prochiron, aus andren Quellen schöpfte, oder, daß er, was für wahrscheinlicher gelten dürfte, ein uns unbekanntes ausführlicheres Rechtsbuch vor sich liegen hatte (wie deren sich noch so viele ununtersucht in den Bibliotheken vorfinden), welches selber wieder vielfach aus dem Prochiron und der Ekloge geschöpft hatte.

Das Resultat dieser Zusammenstellungen ist nun, daß eine Zeitlang die orientalischen Juristen über die Urheber der Ekloga und des Prochiron schwankten, daß aber wenigstens im 13ten Jahrhundert die Bezeichnung feststand, nach der das Prochiron dem Basil, und die Ekloga dem Leo zufällt. Um indeß einzusehn, wie wenig diesen Autoritäten absolute Beweiskraft beizulegen ist, dürfte es genügen, die literarischen Nachrichten zu durchlaufen, die Blastares und Harmenopul in den Einleitungen zu ihren Werken geben. In der That wüßte ich nicht, daß einer unserer Literarhistoriker auf das Zeugniß dieser beiden byzantinischen Juristen hin sich bewogen

gefunden hätte, die Pandekten dem Hadrian; Justinian aber den Gregorianischen, Hermogenianischen und Theodosianischen Codex beizulegen. — Wie einfach eine Namensverwechselung jener Kaiser entstehen konnte, ist oben nachgewiesen. In der byzantinischen Literatur aber, deren Thätigkeit fast ausschließlich im Ab- und Umschreiben bestand, genügte es, daß die falsche Benennung von einem Schriftsteller aufgenommen war, um sie von allen folgenden blindlings wiederholen zu lassen. So wird denn die Entscheidung der aufgeworfenen Frage davon abhängen, ob die inneren Gründe, zu denen wir jetzt übergehn, mit den bisher aufgezählten äußeren Zeugnissen übereinstimmen oder nicht.

(Die Fortsetzung folgt.)

Rechtsgeschichtliche Bemerkungen

von Puggé.

II. Kann eine Res nec Mancipi in bonitarischem Eigenthum stehen?

Diese Frage hat man in der neueren Zeit mit der größten Zuversicht verneint, dann aber auch wieder von einer anderen Seite bejahet, und die letzte Antwort sogar mit Stellen aus Römischen Juristen zu beweisen geglaubt (Gaj. II. §. 196, Ulp. XXIV. 27) [1]). Daß es ausdrückliche Zeugnisse über den Punct giebt, bestreite ich, aber dennoch glaube ich die Frage bejahen zu müssen. Gajus und Ulpian sprechen in den allegirten Stellen von dem Verhältniß, in dem der Testator, der ein legatum per vindicationem aussetzen will, zu der zu legirenden Sache stehen müsse, und sie bestimmen dieses so: der Regel nach müssen die Sachen sowohl zur Zeit der Testaments-Abfassung als bei dem Tode des Testators in dessen Eigenthum seyn, und zwar ex Jure Quiritium: von dieser Regel wird aber eine Ausnahme gemacht bei fungibelen Sachen, solche braucht der Testator nur zur Zeit des Todes ex Jure Quiritium zu haben. — Indem man diese Auseinandersetzung der Juristen als einen Beweis für die nothwendige

1) Gaj. l. c. Tales autem solae res per vindicationem legantur recte, quae ex jure Quiritium ipsius testatoris sunt. Sed eas quidem, quae pondere, numero, mensura constant, placuit sufficere, si mortis tempore sint ex jure Quiritium testatoris, veluti vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata. Ceteras res vero placuit utroque tempore testatoris ex jure Quiritium esse debere, id est, et quo faceret testamentum, et quo moreretur: alioquin inutile est legatum. Die Stelle Ulpians ist ganz gleichlautenden Inhalts.

Bejahung der oben aufgeſtellten Frage anführte, konnte man nur folgende Interpretation der Stellen im Sinne haben: fungibele Sachen, Res nec Mancipi, braucht der Teſtator *ex jure Quiritium* nur zur Zeit des Todes zu haben, es ſetzen die Juriſten alſo voraus, daß dieſe auch in Bonis ſeyn können. Man würde auf dieſe irrige Erklärung und Schlußfolge nicht gekommen ſeyn, hätte man ſich den Grund einer anderen Behandlung der fungibelen Sachen klar gemacht. Unſtreitig würde die Rechtsvorſchrift ſehr widerſinnig ſein, welche verlangte der Teſtator, der eine Summe Geldes als do lego legatum ausſetze, ſolle dieſe Summe gerade jetzt liegen haben, und bis zu ſeinem Tode dieſelben Stücke, oder wenn der Inhalt des Legats etwa Getreide war, daſſelbe Getreide zu dieſen Zwecken aufbewahren. Oft würde es ſchon wegen der Natur der Sachen gänzlich unmöglich ſeyn, dieſelben bis zum Tode zu behalten. Daher wich man, den Verhältniſſen nachgebend, von der Strenge des Prinzips ab, und verlangte nur, daß der Teſtator zur Zeit des Todes die Sache habe, und dann natürlich er Jure Quiritium. Man wird vielleicht einwenden, es hätte ja genügt, wenn der Erblaſſer zur Zeit der Teſtaments-Abfaſſung eine gleich große Summe Geldes wie die legirte, wenn er das legirte Maß von Getreide im Vermögen gehabt hätte, und dann wieder eben ſoviel zur Zeit des Todes, indem bei dieſer Art Sachen die Species durch das Genus vertreten würde. Es wäre irrig dieſes bei der Erwerbung des Eigenthums anwenden zu wollen, indem es hier auf die Erwerbung der Species ankommt, weil man an dem Genus kein Eigenthum erwerben kann, ſondern immer nur an den einzelnen Stücken, gleichwie man auch kein Genus vindiciren kann, ſondern nur Species. L. 6. D. de R. V. Die Abweichung vom Prinzip wurde alſo dadurch herbei geführt, weil es zweckwidrig geweſen wäre, wenn das Recht verlangt hätte, daß der Teſtator die legirte fungibele Sache ſchon zur Zeit der Abfaſſung des Teſtaments überhaupt haben ſolle. In-

dem nun die Juriſten mittheilen, daß man das Prinzip hier nicht ganz durchgeführt habe, ſetzen ſie alſo Eigenthum haben und Eigenthum nicht haben entgegen, keineswegs aber bonitariſches und quiritariſches Eigenthum. Bonitariſches Eigenthum mußte auch überhaupt für den vorliegenden Zweck ganz gleich geachtet werden dem nicht im Eigenthum haben, denn es liegt in der Natur des Vindicationslegats, daß bonitariſches Eigenthum in Bezug auf daſſelbe gar nicht in Anſchlag gebracht werden kann. Die allegirten Stellen ſind alſo gänzlich falſch angewandt.

Ein Schriftſteller der verneint, daß eine Res nec Mancipi in bonitariſchem Eigenthum ſeyn könne, führt ſeine Argumentation auf folgende Weiſe: »Jede Sache will, um ins quiritariſche Eigenthum zu kommen, eine ihr angemeſſene Erwerbungs Art, die ſtreng Römiſche Sache (res mancipi) eine ſtreng Römiſche, die des jus gentium (res nec mancipi) eine Erwerbungs Art des jus gentium. Daraus folgt aber, daß eine res nec mancipi niemals in bonitariſchem Eigenthum ſeyn könne, denn entweder wird ſie gar nicht ins Eigenthum übergehen, weil keine Erwerbungs-Art voran gegangen, oder in das quiritariſche, weil ja keine ſtrenge Erwerbungs Art erfordert wird.« Der Ausdruck die Res nec Mancipi ſey eine Sache des Jus Gentium, ſoll heißen: alle Erwerbungs Arten aus dem Jus Gentium geben volles Eigenthum an Res nec Mancipi. Selbſt wenn wir dieſe Behauptung vorläufig einmal zugeſtehen wollen, ſo iſt die Argumentation dennoch falſch; denn die Eintheilung der Erwerbungs Arten in ſolche, die aus dem Civil-Recht, und ſolche, die aus dem Jus Gentium herſtammen, iſt nicht erſchöpfend, wie doch bei der Schlußfolge vorausgeſetzt wird; es gab ja auch noch Erwerbs Arten aus dem Edict des Prätors, die man nicht dem zweiten Glied jener Eintheilung gleich ſetzen darf, und die Wirkungen dieſer Erwerbs Arten veranlaſſen ſchon zu einer anderen Antwort auf unſere Frage.

Ich will die hierhergehörigen prätoriſchen Erwerbs Arten

aufzählen, um die Ueberſicht der Fälle, in denen ein bonitariſches Eigenthum an Res nec Mancipi eintreten kann, zu erleichtern.

1) Der Prätor konnte nur bonitariſches Eigenthum verleihen, waren alſo in dem Nachlaß an dem nach ſeinem Edict Bonorum Poſſeſſio erworben worden war, Res nec Mancipi ſo ſind dieſe gewiß nicht in quiritariſches ſondern in bonitariſches Eigenthum gerathen.[2])

2) Ebenſo war es mit den Res nec Mancipi die ſich in der Hereditas ex Sc. Trebell. reſtituta fanden. Unterholzner hat dieſe Entſtehung des bonitariſchen Eigenthums in ſeiner Abhandlung über die verſchiedenen Arten des Eigenthums[3]) ganz übergangen, ſeine Recenſenten Mayer[4]) und Ribbentrop[5]) haben dies auch bemerkt. Erſterer beruft ſich um die bonitariſche Qualität zu beweiſen auf die Geſchichte, die Natur des Inſtituts (Gaj. II. §. 251—254) und auf die L. 63. pr. D. ad Sctum Trebell. [6]) letzterer auf die L. 12. §. 1. D. de public. u. die L. 63. cit. Aus der letzten Stelle kann man mit Gewißheit nichts anders

2) Unterholzner im Rhein. M. Bd. 1. S. 130 erhebt beyläufig einen Zweifel gegen das bonitariſche Eigenthum des Bonorum Poſſeſſor aus der L. 1. D. de B. P., allein es ſteht weder feſt, daß dieſe Stelle urſprünglich ſo geheißen hat, noch daß Ulpian die Bedeutung des Worts *dominium* immer ſo ſtreng feſtgehalten hat, wie in den Fragmenta. Wie Herr Mayer (Tübing. Krit. Zeitſchrift Bd. 4. S. 66) Unterholzner tadeln konnte, daß er nicht gerade einen Beweis für das bonitariſche Eigenthum des Bon. Poſſ. in dieſer Stelle gefunden habe, iſt mir völlig unbegreiflich. Den Gründen von Unterholzner läßt ſich jetzt noch hinzufügen, daß Gajus den Bonorum Emptor und den Bonorum Poſſeſſor ganz gleich ſtellt, und von erſterem wiſſen wir doch gewiß (Rhein. Muſ. Bd. 2. S. 90 u. flgd.) daß er nur bonitariſches Eigenthum hatte, einen einzigen Fall abgerechnet, den Gajus bei jener Gleichſtellung gar nicht im Sinne haben konnte.

3) Rhein. Muſ. Bd. 1. S. 129 u. flgd.

4) am a. O. S. 66.

5) G. G. A. 1828. St. 84. p. 830.

6) Facta in fideicomissarium restitutione, statim omnes res in bonis fiunt ejus, cui restituta est hereditas, etsi nondum earum nactus fuerit possessionem.

heraus leſen, als den Satz: die Reſtitution der Hereditas bewirkt, ohne daß der Fideicomiſſarius Beſitz erlangt, den Uebergang aller Sachen in das Vermögen (»in bonis«) deſſelben. In dem Ausdruck in bonis die Bezeichnung des bonitariſchen Eigenthums finden zu wollen, iſt gewiß ſehr mißlich. Die L. 12. §. 1. cit. [7]) handelt von einem Fall der gar nicht hierher gehört. Hi, qui in heredis locum succedunt, heredis loco habentur. [8]) Dieſen ſtehen alſo auch die Klagen zu welche dem Erblaſſer zugeſtanden haben. Der Fideicommiſſar iſt durch die Reſtitution heredis loco, er hat alſo die Klagen die der Erblaſſer gehabt hat, mithin auch die Publiciana, wenn ſie in der Perſon des Erblaſſers begründet war, [9]) jener bedarf der Beſitz Erlangung nicht, denn solis verbis konnte die Reſtitution vor ſich gehen. Es wäre ein Fehler geweſen die Stelle aufzunehmen wenn ſie einen anderen Sinn hätte, da ja zur Zeit der Abfaſſung der Digeſten der Unterſchied von bonitariſchem und quiritariſchem Eigenthum gar nicht mehr beſtand. Das wird man zugeben, aber einen anderen Sinn der Stelle für die vorjuſtinianiſche Zeit behaupten. Ein ſolcher wäre möglich, aber auch eben ſo gut der angegebene für jene Zeit, die Wirklichkeit eines anderen Verſtändniſſes der Worte iſt alſo noch zu erweiſen. Zudem müßte man um die Stelle mit Ribbentrop zu erklären von der ſehr ungewiſſen Vorausſetzung ausgehen daß die Publiciana auch die bonitariſche Eigenthumsklage geweſen ſey.

Sieht man nun auf die Geſchichte der Fideicomiſſe ſo iſt man auf den erſten Blick geneigter ein civiles Eigenthum in der Perſon des Fideicomiſſars anzunehmen als ein bonitariſches. Für die Zeit vor dem Sc. Trebellianum

7) Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest publiciana.
8) L. 128. §. 1. D. d. R. I.
9) L. 7. §. 9. D. de public.

kann die Sache gar nicht zur Frage gestellt werden, da lediglich die Art Eigenthum welche der Fideicomissar erlangte, von dem modus transferendi dominii bei der einzelnen Sache abhing, denn da war bekanntlich allein Singularsuccession beim Fideicomiß; nach dem Sct. möchte man glauben daß der Uebergang der juristischen Einheit indem er Kraft eines Sct. geschah, civiles Eigenthum hervorgebracht hätte. Entscheidend ist dagegen, daß eine Reihe von Stellen[10]) in den Digesten, den Fideicomissarischen Erben für einen honorarius, prätorius Successor erklären, und als solcher hat er gewiß kein quiritarisches Eigenthum aus der Restitution erworben. Alle Schwierigkeit hebt sich auch wenn man sich die Sache nur so denkt, der Senat verordnete daß künftig die Restitution geschehen solle, aber die Art der Ausführung wurde dem Prätor überlassen. Es würde nicht schwer sein, eine Reihe Analogien für dieses Verfahren aus der Römischen Legislation anzuführen. Daß sich die Verhältnisse für den Fall wenn nach dem Sc. Pegasian. restituirt wurde, wieder anders gestalteten, bedarf kaum einer Erwähnung, denn da war wieder Singularsuccession.

3) In den Fällen wo durch die Bonorum Emtio prätorische Universalsuccession statt fand, kamen die Res nec Mancipi welche sich in den Bonis fanden auch wieder in bonitarisches Eigenthum.

4) Ob auch der Fall hierher zu zählen ist wenn libertatis causa bona addicuntur ex Constitut. D. Marci wage ich nicht zu entscheiden.[11])

10) L. 24. §. 1. D. fam. herciſc. L. 7. in f. D. de condict. furtiv. L. 9 §. 6. u. 7. D. de interrog. in jure, L. 2. §. 19. D. pro emptore. Dieſes Fragment in Verbindung mit L. 12. § 1. D. de public. möchte entſcheidend ſein für die accessio possessionis des bonor. possessor, da der Fideicomiſſar auch prätoriſcher Succeſſor iſt, man müßte denn das letztere Fragment auch für interpolirt halten.

11) Vergl. Haſſe im Arch. f. Civ. Prax. Bd. 5. S. 51. Nach den Quellen über die Lehre ſcheint es als wenn die direct. Freylaſſungen eben ſo gültig waren bei dieſer Succeſſion wie aus einem civil. Teſtament. Konnten denn die im prätoriſch. Teſtament direct Freygelaſſenen

Das ſind die mir bekannten hierhergehörigen prätoriſchen Erwerbungs Arten, es bliebe nun noch übrig die Erwerbungen des Jus Gentium in Beziehung auf unſere Frage zu betrachten. Der Fall welcher practiſch von der größten Erheblichkeit geweſen ſeyn mag, iſt der, wenn aus einer Sache die man in bonitariſchem Eigenthum hatte etwas auf organiſchem Wege erzeugt wird. Unterholzner,[12]) von der Regel ausgehend, daß auch durch »allgemein (jure gentium) anerkannte Erwerbungsarten« quiritiſches Eigenthum begründet würde, trägt kein Bedenken zu behaupten, daß derjenige, welcher eine fruchtbringende Sache bloß in Bonis habe, dennoch an den Erzeugniſſen, ſobald dieſe von der Hauptſache abgeſondert waren, quiritiſches Eigenthum erlange. Meiner Meinung nach genügt es für dieſen Fall nicht, zu zeigen, daß durch Erwerbs Arten des Jus Gentium quiritariſches Eigenthum erworben werden könne, ſondern es muß auch noch gezeigt werden, daß es auf Fähigkeit des Objects, gleich in das quiritariſche Eigenthum einzutreten, gar nicht ankommt oder daß die Natur der erzeugten Sache hier gar nicht von der Natur der erzeugenden beſtimmt wird, was beydes kaum zu behaupten ſeyn wird. Die Tradition eines Provinzial-Grundſtücks wird nie ein Eigenthum hervorbringen, freilich iſt dieſes für immer dem Eigenthum entzogen, aber es konnte ja ebenſo hier die erzeugte Sache unter den vorliegenden Umſtänden dem quiritariſchen Eigenthum entzogen ſeyn bis daſſelbe durch Uſucapion einmal an ihr entſtände. Die Entſcheidung dieſes ſtreitigen Punctes hängt auf das engſte zuſammen mit der Frage über den Fruchterwerb, die ihre völlige Erledigung noch erwartet, bis dahin und bis ich mich beſſer überzeuge, geziemt es mir wohl, mich auf die Aucto-

denen auf dieſelbe Weiſe im civilen Teſtament manumittirten gleich geſtellt werden? die Klagen der Creditoren gegen dieſen Succeſſor gründen ſich auch nur auf die Caution die er denſelben geleiſtet vor der Addictio des Nachlaſſes L. 4. §. 22. D. de fideicomiss. libertatib.

12) Archiv. f. d. civ. Prax. Bd. VIII. S. 360.

rität Savigny's zu verlaſſen. (Recht des Beſitzes 5te Ausgabe S. 270.)

Bey dem Eigenthumserwerb durch Verbindung zweyer früher unabhängigen Sachen, wird ſich die Natur des Eigenthums wohl ergeben aus der Art Eigenthum in welcher die Hauptſache ſtand. Man wird gern zugeben daß das angeſchwemmte Land, wenn das alte Grundſtück mit bonitariſchem Eigenthums Recht beſeſſen wurde, nur in bonitar. Recht des Eigenthümers kam, wenn man behauptet daß die Anſchwemmung an ein Grundſtück das in quiritiſchem Recht ſteht, quiritariſches Eigenthum erzeuge. Steht man dieſes bey der Verbindung von unbeweglichen Sachen zu, ſo wird man es auch für bewegliche Sachen nicht leugnen, alſo auch nicht für Res nec Mancipi, und ſo gewinnen wir einen Fall mehr, in dem bonitariſches Eigenthum an ihnen erworben werden kann, wenn wir vorausſetzen daß die Hauptſache nur in Bonis war.

Sollte der Fideicomiſſar oder der Bonorum Poſſeſſor wenn er eine Res nec Mancipi aus dem ſo erworbenen Nachlaß tradirt, quiritariſches Eigenthum übertragen? Ich glaube ſchwerlich, und ſo hätten wir gar die Möglichkeit daß Tradition an Res nec Mancipi bonitariſches Eigenthum in einer neuen Perſon hervorbringen kann.

Ob durch die Occupation bonitariſches Eigenthum entſtand oder quiritariſches oder ob ſie verſchieden wirkte vermag ich nicht durch neue Gründe zu beantworten, und durch die ſchon von Andern angeführten hat man ſich wechſelſeitig noch nicht überzeugen laſſen. Ich will deßwegen obgleich ich für mich überzeugt bin, daß urſprünglich nur ein bonitariſches Eigenthum entſtand, dieſe Erwerbsart nicht aufführen als eine ſolche die an Res nec Mancipi nur bonitariſches Eigenthum erzeugte. Daſſelbe gilt für die ſ. g. Specification. Die oben angeführten Fälle ſind auch ſchon zahlreich genug um zu zeigen, daß Res nec Mancipi gar nicht ſo ſelten nur in bonitariſchem Eigenthum geſtanden haben.

Ueber

Erbvertrag — Schenkung Todes halber ꝛc.

Von

Haſſe.

(Fortſetzung.)

Drittes Capitel.

Von der Schenkung Todes halber, (mortis causa donatio).

§. 1.

Denkbarer Stoff derſelben.

1. Was zuförderſt den Namen betrifft, ſo will ich durch die gewählte Bezeichnung Niemanden die ſchon gewöhnlichere: Schenkung auf den Todesfall, obgleich ſie mir nicht gefällt, verleiden; meine Wahl mag ſich dadurch rechtfertigen, daß ſich »Todes halber« an das römiſche »mortis causa« — von den Römern ſind wir doch bisher allein über die Sache belehrt worden — näher anſchließt, und ſich grammatiſch wohl eben ſo gut wie das: »Schenkung unter Lebenden« wird rechtfertigen laſſen. Nebenbey hatte ich auch noch den Grund dazu, daß mir die gewöhnliche Benennung ſchon ſo lautet, als ſey irgend eine neuere Vorſtellung, die nicht ächt iſt, hineingelegt; nur »Todes wegen« das ſchien doch auch gar zu form- und geſtaltlos.

2. Dieſes Ding nun, was man ſo oder anders nennen mag, darf man wohl als ein Rechts-Inſtitut anſehn, ſo na-

türlich auch der Stoff deſſelben iſt, und ſo leicht es ſich auch von ſelbſt ergiebt: wie oft mag nicht in der neulich erſt vorübergegangenen Zeit der Bedrängniß und Unterjochung Todes halber geſchenkt worden ſeyn, ſelbſt von den Großen, die ihre Domänen dem Handgriff eines beutefrohen Siegers entziehen wollten, und ſie deswegen mittlerweile dem Privateigenthum anvertrauten —; Form und Geſtaltung hat ihm doch erſt die Schule gegeben. Iſt es denn nun aber ein Rechtsinſtitut, ſo ſollte man auch denken, es müſſe im Recht ein eignes Daſeyn haben. Aber ſchon ſeitdem Juſtinian ſo geredet hat, als ſey es zwar eine mortis causa donatio aber doch nichts weiter als ein Legatum, hat man ſich alle erſinnliche Mühe gegeben, ihm im wirklichen Recht ſein Daſein zu verkümmern, ja es ihm ganz zu entreißen: bald hat man es zum Legat, bald zum Erbvertrag, bald zum acceptirten Fideicommiß oder Codicill machen wollen, bald hat man ganz heterogenen Rechtsſtoff, wie z. B. ein testamentum reciprocum in daſſelbe hineintragen, und ſo durch Fremdartiges es in ſich ſelbſt auflöſen wollen [113]). Wer in einer ernſthaften Sache ſcherzen mögte, würde es ſich wie einen Wundervogel vorſtellen, der nicht zum Stehen gelangen kann, weil ihm die Füße dazu fehlen, ja dem ſogar auch der Sitz und alle Ruhe verſagt iſt, weil er zwar Kopf und Flügel und Schweif, kurz faſt alles, nur keinen Leib hat; und noch dazu würde er durch dieſes Gleichniß mit der ernſtern Wahrheit ziemlich zuſammentreffen. Man wird es mir zugeben müſſen: wer einer Sache ihr Weſen raubt, der nimmt ihr ſo gut wie ihren Leib und ihr Leben. Nun lehren aber unſere Schriftgelehrten, »donatio mortis causa ſey in allem Weſentlichen Legat«; ſie iſt alſo wirklich Legat, und was könnte ſie noch anders ſeyn? etwa donatio mortis causa? ohne alles Weſen, was ſie vom Legat noch unter-

113) Daß man ſogar bei den juriſtiſchen Klaſſikern dieſes ſelbige feindſeelige Verfahren hat antreffen wollen, wollte ich hier noch gar nicht in Anrege bringen.

ſchiede? Eben ſo gut nnd nicht beſſer, als der Vogel, dem man Kopf und Schweif und Fittich, und meinetwegen auch die Klauen gelaſſen, aber deu Rumpf genommen hat, noch ein Vogel iſt und fliegen kann. Wer an dieſer Darſtellung ſchon ein Aergerniß nimmt, der möge denn zuſehen, ob ſich das nicht weiter unten wirklich ſo beſtätigt; wen aber die Sache ſelbſt verdrießt, und wer an der Leichtfertigkeit, womit dieß gewöhnlich behandelt wird, kein Gefallen haben kann, dem wird nichts übrig bleiben, als ſich hier voran den Rechtsſtoff in alle ſeine weſentlich verſchiedenen Beſtandtheile aufzulöſen, und jeden für ſich zu betrachten, um zu ſehn was an ihm ſey, ich meine den Rechtsſtoff, wie er wirklich iſt und ſeyn kann. Dazu iſt denn aber eine freie Reflection nothwendig, und hier um ſo unentbehrlicher, da ſobald wir in das poſitive Zwangsrecht eintreteu, römiſches und teutſches, fremdes und heimiſches Recht in einander ranken wollen; ſie iſt auch ungefährlich, wenn ſie einer langen und fleißigen Betrachtung des wirklich geltenden Rechts nicht vorangeht, ſondern wie dießmal nachfolgt, und man darf unter dieſen Umſtänden unbeſorgt ſeyn, daß das Praktiſche darüber verkürzt werde; es ſoll vielmehr erſt dadurch gewonnen werden. A priori wollen wir aber auch gar nichts anderes vorausſetzen, als daß eine Succeſſion in alle Beſtandtheile eines Vermögens, ſo wie dieſes in einer Perſon vereinigt iſt, möglich ſey, daß dieſe geſchehen könne, während die Perſon lebt, aber auch nachdem ſie ſchon geſtorben, und das Vermögen eine Erbſchaft geworden iſt, und ferner daß Freigebigkeiten aller Art und im weiteſten Sinne des Worts von dieſer Perſon mit ihrem Vermögen, auch noch über ihren Tod hinaus, alſo für den Fall, da das Vermögen ſchon Nachlaß geworden, ausgeführt werden können, und endlich daß, bei dieſen Freigebigkeiten Clauſeln und Bedingungen aller Art, wie ſie bei Rechtsgeſchäften überhaupt möglich ſind, ſich vorfinden können.

3. Eine freie Gabe iſt ſchon vorhanden, wenn der

Herr des Vermögens dieſem etwas entzieht, und es dadurch dem Vermögen eines Andern zuwendet. Eine ſolche Entziehung kann ſchon dadurch geſchehen, daß man einen nur möglichen Erwerb aufgibt, um ihn dem Andern zuzuwenden, z. B. ein Teſtaments-Erbe verzichtet zum Vortheil der übrigen, oder wenn er es allein iſt zum Vortheil des geſetzlichen Erben [114]). Gewöhnlich wird aber ein ſchon erworbener, ſchon gegenwärtig in dem Vermögen enthaltener Beſtandtheil dieſem entnommen, um dem fremden Vermögen einen Zuwachs zu verſchaffen. Bey dieſer letztern Art der freien Gaben, die mit einer Verminderung des eigenen Vermögens verbunden iſt, wollen wir jetzt ſtehen bleiben. Dieſelbe kann direct dadurch geſchehen, daß ein Recht aus dem Vermögen des Gebers herausgenommen, und in das Vermögen des Begabten hineingelegt, alſo das Recht geradezu übertragen wird, oder indirect dadurch, daß dem andern ein Recht gegeben wird, was wir ſo nicht hatten, was unſer Recht aber, was wir behalten, ſchwächt und beſchränkt; am indirecteſten dadurch, daß wir dem andern eine Forderung geben, die entweder gradezu auf Geld oder andre Sachen, die aus unſerm Vermögen herauszugeben ſeyn werden gerichtet iſt, oder die doch indem es ſelbſt einen Geldverluſt bewirkte, wenn man der auf dieſer Seite correſpondirenden Verbindlichkeit nicht nachkäme, eine Vergütung in Geld zur Folge haben würde. In dieſem Letztern liegt durchaus keine Uebertragung, wohl aber eine Verminderung des eignen und eine Vermehrung des entgegengeſetzten fremden Vermögens. Aber auch ſchon darin kann eine Freigebigkeit beſtehen, daß man dem andern eine Schuld erläßt, was denn wieder keine Uebertragung in keinem Sinne, ſondern nur ein Verzicht iſt, der mein Vermögen vermindert, indem ich ſo viel weniger, ſeines vermehrt, indem er ſo viel mehr Geld hat, als meine Forderung werth iſt. Dieſes kann

114) S. darüber des Verfaſſers Güterr. d. Ehg. B. 1. S. 388.

nun mit oder ohne Aufopferung geſchehen, je nachdem der Geber dieſe Verminderung ſelbſt ſchon empfindet oder nicht. Das Erſtere pflegt man ſich ſchon bei dem Worte Liberalität zu denken, es iſt eine Freigebigkeit im ſtrengen Sinn. Das Wort Schenkung, wie das lateiniſche Donatio umfaßt alles dieß, daher Legat auch Schenkung iſt (oben H. 2. S. 211. 212.), im eigentlichen und ſtrengen Sinne beſchränkt es ſich auf Liberalität [115]). Wann iſt denn nun aber eine freie Gabe ohne Opfer? Vor allen Dingen alsdann, wenn ſie erſt nach dem Tode des Gebers, aber zufolge ſeiner Verfügung, aus ſeinem Vermögen, d. h. nun aus ſeiner Erbſchaft herausgenommen werden ſoll, wo alſo die Verminderung noch gar nicht bey ſeinen Lebzeiten geſchieht. Das grade Gegentheil würde eintreten, wenn die Verminderung des Vermögens entſchieden und für immer noch bey Lebzeiten des Gebers einträte, z. B. er übertrüge mit warmer Hand, und ohne daß eine Forderung vorausgegangen, das Eigenthum an einer Sache unwiderruflich, er beſtellte dem Andern eben ſo entſchieden einen Uſusfructus, eine Servitut, eine Emphyteuſe an ſeinem Grundſtück, er machte ſich dem Andern zum Schuldner in der Art, daß er ſeine Verbindlichkeit ſofort oder nach einiger Zeit, wenn auch unter einer Bedingung, die aber noch bei ſeinen Lebzeiten eintreten könnte, erfüllen müßte. Dieß würde alſo eine Liberalität, und eine Schenkung im ſtrengſten Sinne ſeyn. Allein es liegt noch eine Möglichkeit in der Mitte, nämlich das Vermögen wird zwar gleich vermindert und das andre vermehrt, aber es geſchieht dieß auf eine Weiſe, daß es noch jederzeit in der Macht des Gebers ſteht, dieß wieder rückgängig zu machen: erſt nach ſeinem Tode, und weil er es da nicht mehr widerrufen kann, ſoll dieß aufhören, und auch über die Fortdauer der ſchon geſchehenen Verminderung entſchieden werden: will er ſelbſt,

115) Güterr. S. 385 ꝛc.

ſo kann er noch alles wieder zurücknehmen, nur ſein Erbe kann es nicht.

4. Denken läßt ſich, daß die Vermehrung des fremden Vermögens, die einer ſolchen widerruflichen Verminderung des eignen entſpricht, auch auf den Erben des Beſchenkten überginge, nur mit ihrer Widerruflichkeit, und der Geber würde noch immer wenig oder gar nicht ſeinen Verluſt empfinden, da alles in ſeiner Hand bliebe nach wie vor. Natürlicher iſt aber freilich, und wird, eben weil alle freie Gabe von einer perſönlichen Gunſt ausgeht, faſt immer beliebt werden, daß in einem ſolchen Fall immer durch den Tod des Begabten, wenn dieſer vor dem Tode des Gebers erfolgt, alles von ſelbſt rückgängig wird. Sodann kann dieſes aber auch noch mehr beſchränkt werden. Der Schenker erzeigt die Wohlthat nur für eine Zwiſchenzeit, wo'er gar nicht dadurch leiden kann, er gibt die Sache hin, während er ſie nicht genießen kann, während er flüchtet, während er eine Gefahr untergeht, er macht den andern gleich zum Eigenthümer, zum Uſufructuar: kommt er gerettet zurück, ſteht er von der Krankheit auf, ſo ſoll alles rückgängig ſeyn, er wird wieder Eigenthümer, der Uſusfructus hört auf; kommt er aber in der Gefahr um, ſo bleibt der Andre, was er ſchon war, Eigenthümer, Uſufructuar. Hier empfindet der Geber die Verminderung ſeines Vermögens auf keinen Fall ſelbſt, nur etwa die Früchte der Zwiſchenzeit kann er verlieren, wenn die Abſicht war, daß dieſe auf jeden Fall geſchenkt ſeyn ſollten.

Auch hier kann die Frage entſtehn: wie wenn in dieſer Zwiſchenzeit der Beſchenkte ſtirbt, und dann der Schenker in der Gefahr umkommt, hier ſteht Erbe dem Erben gegenüber: geht dann noch die Schenkung zurück?

5. Die Gegenſtände einer ſolchen gleich eintretenden Verminderung des Vermögens, die aber keine Liberalität iſt, können ſo mannigfaltig ſeyn, als die Gegenſtände einer freien Gabe überhaupt. Auch durch Contrahirung einer Obligatio

kann dieß bewerkſtelligt werden, indem man dieſe noch immer aufrufen kann, und die Eintreibung der Schuld (exactio) erſt mit dem Tode eintritt. Der Schenker wird ſelbſt verpflichtet, aber er kann widerrufen, und ſein Erbe erſt kann gerichtlich in Anſpruch genommen werden. Durchaus anders würde es ſeyn, wenn die Obligatio des Erben erſt nach dem Tode des Gebers entſtände, nicht von dieſem auf jenen überginge, denn hier würde das Vermögen erſt als Erbſchaft vermindert werden. Dieß kann kein bloßer Formenunterſchied ſeyn, da die nächſte Wirkung: Verminderung des Vermögens vor, oder aber nach dem Tode ſchon verſchieden iſt, und ſich auch ſchon vorausſehn läßt, daß dieſer Unterſchied auf die weiteren Wirkungen im Ganzen nicht ohne Einfluß bleiben wird; zumal alsdann, wenn die Verminderung in Veräußerung des Eigenthums beſteht, obgleich freilich hier und dort Mangel an eigentlicher Liberalität eine materielle Aehnlichkeit erzeugt.

6. Die beiden Extreme waren alſo, 1) Verminderung erſt nach dem Tode, 2) entſchiedene Verminderung ſchon bey Lebzeiten, ganz unabhängig vom Tode des Gebers. Dazwiſchen liegen nun die Fälle der unentſchiedenen Vermögensverminderung mit der ihr correſpondirenden Vermögensvermehrung bey Lebzeiten. Hier giebt es nun zwey Punkte, in welchen dieſe Mittelfälle mit dem einen und wieder mit dem andern Extrem ſich berühren a) die Vermögensveränderung (Verminderung und Vermehrung) tritt gleich und in ſo weit entſchieden ein, daß der Geber nicht widerrufen kann; aber in ſo weit bleibt ſie noch unentſchieden, und von dem Tode abhängig, daß wenn der Begabte vor dem Geber ſtirbt, die Schenkung eo ipso wieder zurückgeht. Schon weiter tritt dieß auseinander, wenn die Gabe an den Tod in drohender Gefahr geknüpft iſt, und zwar interimiſtiſch Unwiderruflichkeit verabredet iſt, die Rettung aus dieſer aber alles von ſelbſt widerruft. b) Die Vermögensveränderung tritt erſt bei dem Tode des Gebers ein, wie z. B. die Sache wird hingegeben, aber erſt in dem

Augenblick des Sterbens soll das Eigenthum übergehn. Hier wird die Gabe nicht erst aus der Erbschaft gereicht, da eine Erbschaft ist erst nach dem Tode, sie wird aber auch genau genommen nicht schon bei Lebzeiten gegeben, da der erste Moment des Gestorbenseyns nicht mehr dem Leben angehört: wenigstens sich das gar nicht unterscheiden läßt, wo Leben und Tod sich trennen. Das Zusammentreffen der letztern Art würde ganz vollkommen, und juristisch gar keine reine Abtrennung möglich seyn in einem Recht, das die aus dem Nachlaß zu ertheilenden Gaben unmittelbar eintreten ließe; dagegen in einem Recht, wo diese sämtlich durch eine Universalsuccession, welche ihrem Wesen nach in keinem Sinn eine Schenkung ist (oben H. 2. S. 211.), vermittelt sind, da zeigt sich wieder ein rechtlich bestimmter Unterschied, und das Verbundene tritt wieder auseinander. Wie dieß aber, das läßt sich im römischen Recht, wo das grade der Fall ist, am besten zeigen.

7. In den beiden Extremen mit ihren Mittelfällen ist aber, wie jeder leicht erkennen wird, 1) die strenge Schenkung (das erste Extrem), 2) die Schenkung Todes halber (die sämmtlichen Mittelfälle, mit Einschluß der Berührungspunkte), und 3) das Vermächtniß (das zweite Extrem), enthalten. Alle drey sind Arten des Genus: freie Gabe, 1 und 2 haben mit einander gemein, daß sie eine Vermögens-Veränderung bey Lebzeiten bewirken; doch erscheint hier der zweite Berührungspunkt wie beweglich. 2 und 3 haben gemeinsam, daß bey ihnen keine Liberalität ist, indem bei ihnen kein entschiedenes Opfer gebracht wird; doch muß hier wieder der erst erwähnte Berührungspunkt ausgenommen werden, wo gewiß ein Opfer, nur kein für alle Fälle entschiedenes Opfer gebracht wird. Aber es kann hier noch etwas Gemeinsames mehr eintreten. Ist nämlich die Verfügung, welche die Gabe erst nach dem Tode aus der Erbschaft bewirken soll, nur wie sie gewöhnlich seyn wird, widerruflich bis zum Tode des Gebers, also kein bindendes Vermächtniß, so hat sie

mit den Mittelfällen, nur von dem erſten Berührungspunkt hinwegeſehn, alſo mit der nicht bindenden Schenkung Todes halber das gemein, daß ſie beide auf letztem Willen beruhen können. Aber eben auch jenes erſten Berührungspunktes wegen, wo er rechtlich möglich iſt, und gleichfalls des Erbvertrages wegen, wo er gültig iſt, kann dieß bey beiden anders ſeyn, und da treten ſie denn in dieſer Beziehung mit der ſtrengen Schenkung in ſo fern wieder unter ein Genus, als ſie wie dieſe ein gegenwärtiger Wille ſind, wenn auch die endliche Wirkung noch auf den Tod des Gebers, wie dieſer grade fällt, vor oder nach dem Tode des Begabten, geſtellt iſt, ſo daß man hier wohl von einer letzten Gabe, einer letzten Freigebigkeit — der Tod entſcheidet über ihre Dauer — keineswegs aber von einem letzten Willen ſprechen, und ſo noch wieder einen innern Unterſchied von der ſtrengen Schenkung, bilden kann. Sieht man aber auf eigentliche Liberalität, ſo treten ſie wieder auseinander, und die unwiderrufliche Schenkung Todes halber tritt zur ſtrengen Schenkung, denn dem Beſchenkten wird auch durch ſie, für ſeine Perſon, ſo lange das noch möglich iſt, ein entſchiedenes Opfer gebracht; wogegen durch kein Vermächtniß, widerruflich oder unwiderruflich, der Schenker jemals wieder etwas einbüßt, da die Wirkung auf das Vermögen immer erſt nach ſeinem Tode eintritt.

Dieß iſt nun der Rechtsſtoff, wie er hier in ſeinen verſchiedenen Beſtandtheilen zu denken war; eine weitere Frage iſt, wie hat dieſen ein beſtimmtes poſitives Recht ausgeprägt? und dieſes iſt zunächſt vom Römiſchen Recht zu beantworten.

§. 2.

Schenkung Todes halber nach klaſſiſch-römiſchem Recht.

1. Faſt unſre einzige Quelle iſt hier Juſtinians Compilation. In den Pandekten iſt ſo ziemlich alles ſchon in Harmo-

nie gebracht, obgleich Juſtinian in L. ult. C. h. t. von Entzweiungen der Juriſten erzählt, dort wird wohl einmal etwas der Art angedeutet, aber unverſtändlich: wir werden noch darauf zurückkommen. Es iſt aber auch der im vorigen Paragraphen entfaltete Stoff vollſtändig benutzt und beſtimmt. Von den Definitionen und Eintheilungen muß man freilich hier wie anderwärts keine Vollſtändigkeit und logiſche Genauigkeit erwarten. Gleich die Beſchreibung in L. 1. D. h. t. paßt zwar auf die meiſten Fälle, nicht aber auf alle, wie ſich in der Folge näher zeigen wird. In L. 2. eod. wird eine dreygliedrige Eintheilung vorgetragen, in welcher die beiden letzten Glieder ein Hauptglied ausmachen, dem das erſte als Hauptglied gegenüberſteht, indem ihm jene beiden Theile eben ſo wenig fehlen, dieß iſt ungefähr ſo, als ſagte jemand der menſchliche Arm iſt dreifach, denn der Menſch hat 1) einen rechten Arm, 2) einen linken Oberarm, und 3) einen linken Unterarm mit der Hand daran. Dieß ſoll man aber nicht ſtrenge tadeln, denn der Fehler liegt hier daran, daß Fälle nicht genugſam berückſichtigt wurden, welche ſo weit ſie es nicht wurden, ſelten vorkommen mogten. Es ſind grade die Fälle, welche wir im vorigen §. unter a. b. geſtellt, und als die Berührungspunkte bezeichnet haben. Die Juriſten ſcheinen hier die Gefahr, wovon L. 202. D. de R. J. ſpricht, nicht einmal gewahr geworden zu ſeyn. Die Fälle ſind auch ſolche, die am wenigſten fügſam ſind für ein reines Syſtem; aber eben darum dürfen wir ſie am wenigſten vernachläſſigen. Unſre Aufmerkſamkeit muß daher vorzüglich auf die Einzelnheiten gerichtet ſeyn: was ſie, indem ſie die einzelnen Möglichkeiten ex professo durchgehn, als mortis causa donatio bezeichnen, das müſſen wir durchaus für eine ſolche gelten laſſen, wenn es auch in unſer Syſtem nicht paſſen will; dieſes muß uns vielmehr, in ſo fern es dem römiſchen Recht angehören und getreulich dieſes darſtellen ſoll, durch dieſe Unfügſamkeit verdächtig werden. Ein Andres iſt, wenn uns die Benennung mortis causa donatio

einmal vorkommt, wo der Juriſt entweder ſelbſt ſagt, das ſey nur der Name und nicht die Sache, oder wo es aus dem Zuſammenhang erhellt, daß ungeachtet der drey Worte doch etwas Andres gemeint ſey. Zu dem Erſteren rechne ich, daß die m. c. donatio unwiderruflich ſeyn kann, mit alleiniger Ausnahme des Falls, da der Beſchenkte vor dem Schenker ſtirbt; zu dem Zweiten, daß man auch alienae mortis causa ſchenken könne, wie ſich das unten näher ergeben wird.

2. Um den Charakter, wie ihn die röm. Juriſten ſich dachten, zu finden, iſt es ſchon voraus nothwendig geworden, die Form [116]) von dem Stoff aufs genaueſte zu ſondern. Zur

116) Einer der größten Fehler der neueſten Schrift über mortis causa donatio iſt es, daß ſie die Tradition als allgemeine Form dieſer Schenkungen darzuſtellen ſucht, ich meine: »Dr. Wilh. Müller über die Natur der Schenkung auf den Todesfall«. Daß ſonſt wenigſtens Tradition bey res donata nach römiſchem Recht erforderlich geweſen, iſt nichts Neues, ſondern es findet ſich dieſe Behauptung ſchon bei *Haubold* Opuscul. acad. no. X. pag. 460 und Andern vor ihm, auch iſt dort von Haubold richtig angenommen, daß Juſtinian's L. 35 §. ult. C. de donat., nach welcher man bloß durch Vertrag ſchenken kann, auf die m. c. donationes keine Anwendung leide. Haubold geht aber ſo weit, daß er ſogar Anweſenheit des Schenkers und des Beſchenkten erfordert. Auf der andern Seite aber verkennt er nicht, daß man auch durch Stipulation habe m. c. ſchenken können ohne Tradition. Es iſt nützlich, daß man ſich zuweilen des Irrthums erinnere, den man ehmals ſelbſt gehabt hat, indem man ihn nun bey einem Andern wiederfindet, denn daraus kann man Toleranz lernen. Wie ich zum erſten Mal in Berlin Erbrecht las, was nun wohl 10 Jahre her ſeyn mag, ſagte ich ungefähr: wir finden immer, daß die m. c. donatio in einem Hingeben donandi animo beſtand, wobey an einen obligatoriſchen Vertrag gar nicht zu denken iſt: an ein bloßes Verſprechen zu ſchenken iſt hier am wenigſten zu denken. Ich wurde aber bald aufmerkſam darauf, daß auch Stipulation, Acceptilation zu einer m. c. d. hinreichten, und ſo wurde jene Behauptung ſchon das nächſte Mal auf das Gewöhnliche und Durchgängige eingeſchränkt. Und ſo entſtand denn bald daraus eine augenblickliche Vermögensvermehrung, die man jedoch bis zum Tode aufſchieben könne, dann aber doch für din Moment des Todes durch augenblickliche Uebergabe vorbereiten müſſe. Es iſt nicht zu leugnen, daß der Verfaſſer jener Schrift beharrlicher geweſen iſt. Er hat die Stipulation nicht ganz überſehn, aber darin ſelbſt ſo eine Art von Tradition finden wollen (S. 95.) Wie ich die Schrift des Herrn v. Schirach über dieſen Gegenſtand geleſen hatte, der die m. c. d. theilweis mit dem Erbvertrag verwechſelt, kam es mir erſt recht zum Bewußtſeyn, daß der unterſcheidende Charakter der m. c. d. gegen das Legat gehalten in der Unabhängigkeit

Zeit der Klassiker war die m. c. donatio durch die Form auf keine Weise charakterisirt, konnte es gar nicht seyn. Eine

von der Beerbung liege, die eben durch jene Vermögensvermehrung bewirkt werde, und so trug ich hier seit vier Jahren diese Lehre im Wesentlichen so vor, wie sie in dieser Abhandlung dargestellt wird. Der Verfasser der zuerst erwähnten Schrift würde vielleicht die Wahrheit — wenn das anders Wahrheit ist, was ich dafür halte — erkannt haben, wenn er sich nicht durch eine unzweckmäßige Polemik vornämlich gegen v. Schirach die Aussicht getrübt, ja zuweilen verfinstert hätte. Es ist dieses schon von dem Recensenten dieser Schrift in der Tüb. krit. Zeitschrift III. 2. S. 234 gerügt worden, doch kann ich mit dieser Rüge, so wie sie da ausgesprochen worden, nicht einverstanden seyn. »Es ist zunächst,« heißt es da, »sehr zu bedauern, daß der Verfasser seine Sätze fortwährend und hauptsächlich durch eine Polemik gegen einige in unsern Tagen laut gewordene, aber einer so ernstlichen Bekämpfung kaum werthen Meinungen, durchzuführen gesucht hat, und nicht auch gegen Widerspruch in ganz entgegengesetztem Sinne.« Abgesehen davon, ob nicht überhaupt zu viel polemisirt worden, glaube ich daß der Fehler nicht darin lag, daß den Gründen der Gegner zu viel, sondern vielmehr darin, daß ihnen zu wenig Aufmerksamkei geschenkt wurde. Der Verfasser hat freilich genugsam dagegen geredet, aber nur indem er seine eigne Ansicht zu begründen suchte, nicht, indem er sich Zeit ließ, die Argumente der Gegner in ihrer natürlichen Stärke zu erkennen, was wahre Gründlichkeit erfordert hätte. Damit soll aber der Schrift gar nicht ihr Werth abgesprochen seyn, sie verräth unstreitig Kopf, nur etwas zu viel jugendliche Beflissenheit des Verfassers. Ich würde dieß auch gar nicht bemerklich gemacht haben, wenn ich nicht dagegen hätte warnen wollen, sich den Anschein einer zu großen Sprödigkeit gegen Praktiker zu geben, die als Mitarbeiter in unsrer Wissenschaft auftreten. Diesen soll man gerne entgegenkommen, und auf alle Weise den Schein einer gewissen theoretischen Vornehmigkeit, die uns gar nicht kleidet, vermeiden. Der Hauptgegner hier ist bekanntlich ein angesehener Praktiker. Die Vorstellung, daß die Schenkung Todes halber, wenn auch nur theilweis, ein Erbvertrag sey, ist nicht neu, und ich halte sie selbst für irrig; aber wie wenig man Ursache hatte, diesen Irrthum so ohne Weiteres zurückzuweisen oder ihn oberflächlich zu bekämpfen, hoffe ich in dem dritten §. dieser Abhandlung hinlänglich zu zeigen. Auch der Recensent scheint die Zweiseitigkeit der m. c. donatio nur in der Acceptation, »wie sie bey Tradition nöthig ist« (S. 239), zu sehen, und also so wenig als der Verfasser den Schenkungsvertrag, der doch auch hier ist, mit der ihm eigenen Acceptation, und auch hier die ihm eigenen Wirkungen nicht verfehlen darf, zu berücksichtigen. Könnte es nun nicht einem erfahrenen Praktiker Ueberdruß erwecken, wenn er dieß bemerkt? Derselbe Recensent hat mir einmal (Erlanger Jahrbücher der juristi. Literatur B. 6. S. 50) den Vorwurf gemacht, als hätte ich in meinen Bemerkungen über eine niederländische Dissertation unsern Nachbarn in Nord-Westen zu wenig Dankbarkeit nnd Anerkennung gezeigt. Ich glaube das nicht, und sie werden es selbst nicht glauben, da sie wohl so ziemlich meine Gesin-

Partey, die auf Gleichstellung mit Legat ausging, konnte doch nicht eine der Legatsformen erfordern, diese gehörten ins Testament, oder doch in ein Codicill, was pars testamenti war, konnten außer demselben nur ein Fideicommiß wirken, indem man die Form indifferentiirte; so hätte also die m. c. donatio ins Testament gehört, und was wäre denn noch von ihr übrig geblieben? Konnte sie ohne Form gelten, sollte aber nur Vermächtniß seyn, so war sie denn eben Fideicommiß und nichts weiter, und die Acceptation war eine gleichgültige Zugabe. Eine Gegenpartey, die sie nach der Donatio

nung gegen sie, die nicht freundlicher seyn kann, kennen, auch sie nicht nach meinem wahrhaftig geäußerten Urtheil über eine Inaugural-Dissertation abmessen werden. Am Ende beruht dieß auch nur auf einem Mißverständniß des Recensenten selbst, der meine ganz unverfänglichen Worte:

»es scheine dem Verfasser allein schon hinreichendes Selbstvertrauen verliehen zu haben, daß er unsern S. mehrmals mit dem neuen Palimpfesten in der Hand habe widerlegen können. Sey das auch nicht die ersprießliche Art sich auszuzeichnen ꝛc.«

so liest, als hätte ich gesagt: Widerspruch gegen S. sey nur denen zu gestatten, die sich seine Freunde nennen dürften. Es ist etwas schwer, diesen Sinn herauszufinden, aber klar ist, daß er auf die Worte: »mit den Palimpfesten in der Hand«, nicht das gehörige Gewicht legt. Ein andrer Jemand, der sich abmüht einen noch schlimmern Sinn aus meiner Rede herauszuklügeln, ist schlauer aber weniger redlich gewesen, er hat grade diese Worte in der Relation ganz weggelassen. Einem Gelehrten, der auf eine geistvolle Art aus ehmals allein vorhandenen ärmlichen Bruchstücken der Quellen, einen Zusammenhang gebildet hatte, der sich im Wesentlichen und nur nicht in allem Einzelnen nachher bestätigt hat, jetzt gegenüber zu treten, und den Pfauenschweif zu drehn, zu dem man die glänzenden Federn aus beträchtlichen neu aufgefundenen Quellen herausgerupft hat, indem man diese Quellen doch meistens, sobald sie etwas schwieriger wurden, falsch las oder mißverstand (es sollte mich doch wundern, wenn ich das nicht nachgewiesen hätte, nöthigenfalls könnten die Beweise leicht completirt werden), das kann keinem, mag er Teutscher oder Franzose, Engländer oder Niederländer seyn, sonderliche Ehre machen. Und wenn er das nicht mit der vollen Ungezogenheit, wie wohl mancher Teutscher (groß ist die Zahl nicht, sie reducirt sich ziemlich auf einen Singularis) gethan hat, sondern mit Anstand, so ist es weniger zu tadeln, aber doch auch nicht zu rühmen. Dieß ist der wahre aufrichtige Sinn dessen, was ich gesagt hatte. Uebrigens nehme ich dem Recensenten den ungegründeten Vorwurf nicht übel, wie ich schon durch diese Berichtigung bewiesen habe; möge er mir auch meine bescheidene Erinnerung nicht verübeln.

hätte formen wollen, wäre damit in Verlegenheit gekommen, denn die Form dieſer hatte nichts Eignes, außer bey großen Schenkungen nach der Lex Cincia, oder wenn auch, wie Einige noch immer gern wollen, bei allen Schenkungen, doch ſtets nur nach der Lex Cincia[117]). Die eigenthümliche Form der Cincia aber kann ſchlechterdings keine Anwendung auf die Schenkung Todes halber leiden, denn die Exceptio L. Cinciae bewirkte doch nur Widerruflichkeit bis zum Tode, und war der Widerruf nicht erfolgt, ſo morte Cincia removebatur[118]); bei der m. c. donatio bedurfte es aber keiner Exceptio zur Widerruflichkeit, da die Schenkung gleich von vorne herein auf den Tod geſtellt war, und ebenfalls durch den Tod, wenn kein Widerruf erfolgt war, ward ſie perfekt. Gewiß konnte es keinem Römer einfallen, das cinciſche Geſetz und deſſen Interpretation auf eine regelmäßige m. c. donatio zu erſtrecken. Nur in den unregelmäßigen Fällen des erſten Berührungspunktes (oben S. 306), ſcheint es, mußte die Anwendung eintreten, nämlich um den Widerruf, auch außer dem Fall, da der Beſchenkte vor dem Schenker ſtarb, dieſem frey zu machen; und da muſte denn wieder die ſtrengere Form gegen die Reue Hülfe ſchaffen: exceptae personae bedurften auch deſſen nicht. So kam hier nur ganz ſelten und außer der Ordnung dieſe beſondere Form zur Anwendung, mithin kann ſie die donatio m. c. im Allgemeinen nicht charakteriſirt haben. Oder hatte denn dieſe eine ihr ganz eigne Form? Haubold, in der angeführten Schrift, meint dieß in der Formel *mortis causa* donare, oder doch einer ähnlichen, die des Todes ausdrücklich erwähnt[119]), gefunden zu haben, und dieß führt ihn am Schluſſe ſeiner Abhandlung (S. 491) ſo weit, daß er die Verabredung

117) Rhein. Muſeum Jahrg. 1. H 3. S. 191. S. 95 ꝛc.
118) Rhein. Muſ. a. a. O. S. 199.
119) Ganz deutlich geht es aus ſeiner Schrift, die ich mehrmals geleſen, nicht hervor, wie er das gemeint habe. Vergl. z. B. S. 486 und 498 ꝛc., das liegt wohl daran, daß er ſeine Darſtellung zu ſehr in Controverſe eingewickelt hat.

in L. 27. D. h. t. noch für eine m. c. donatio, zwar nicht der Sache, aber doch der Form nach will gehalten wiſſen, und doch iſt der Sinn ja ganz klar der, es ſey das nur noch dem Namen, dem falſchen unjuriſtiſchen Ausdruck nach eine m. c. donatio, der Tod ſey dabei bloß Motiv, nicht Bedingung der Schenkung geweſen; es ſey das durchaus nichts andres als irgend eine inter vivos donatio, bey der vielleicht an den Tod gar nicht gedacht und daher auch nicht davon geredet worden. Das Reden davon mache keinen Unterſchied. Wie wenn nun Einer dem Freunde beym Abſchied geſagt hätte, »ich reiſe übers Meer, hier nimm dieſe Sache, ich ſchenke ſie dir; komme ich aber wieder glücklich zurück, ſo gibſt du ſie mir wieder;« ſollte das keine mortis causa donatio ſeyn, und doch war hier des Todes als causa donationis gar nicht erwähnt? Die Worte waren es gewiß am wenigſtens [120]) wornach ſich dieß entſchied; dieſe waren aus dem Sprachgebrauch des gemeinen Lebens hergenommen, wo oft von mortis causa bey einer Schenkung die Rede ſeyn mochte, ohne daß der juriſtiſche Begriff vorhanden war. »Et generaliter,« ſagt L. 3. D. de donat., 'hoc in donationibus definiendum est, multum interesse, causa donandi fuit, an conditio; si causa fuit, cessare repetitionem, si conditio, repetitioni locum fore. Bey der m. c. donatio mußte nach L. 27 cit. irgend eine repetitio übrig bleiben, nämlich wenigſtens die, daß wenn der Beſchenkte zuerſt ſtarb, von deſſen Erben zurückgefordert werden konnte. Aber wo auch dieſes gar nicht in der Abſicht lag, da ſprach man doch wohl von m. c. donatio, obgleich man ſeinen Tod nahe glaubend ſich dadurch bewegen ließ, definitiv

120) Die Gothiſche Interpretation bey Paulus R. S. II. 23. §. 6 hat die Formel: illum agrum aut illum domum me malo habere, quam te, te quam heredes meos. So erfordert wenigſtens der Sinn zu leſen. Hier kommt das Wort mors gar nicht vor; daß ſie aber nicht nothwendig war — ſie reichte nicht einmal immer zu — wer könnte daran zweifeln? Nur für ſich verſtändlich war das, wenn man ſich ſo ausgedrückt, und ſo bedienten ſich die Notare jener Zeit gern dieſer Form.

und abſolut zu ſchenken, ut nullo casu revocetur, da denn aber im juriſtiſchen Sinn nur »causa donandi«, nicht mortis causa donatio war: ein ſolcher »non tam mortis causa, quam moriens donabat« [121]). Dem ähnlich iſt, wenn auch im juriſtiſchen Sprachgebrauch davon die Rede iſt, daß man »mortis causa alterius«, z. B. »mortis causa filii sui [122]), fratris, cognati sui, ſchenken könne, denn das heißt doch nichts andres als »propter mortem filii, fratris, cognati« [123]); wenn hier gleich der Tod des Dritten Conditio iſt, und vielleicht auch Widerruf bis dahin möglich, ſo wird doch die Schenkung durch dieſen Tod von aller Bedingung gereinigt, wenn dann auch noch der Schenker lebt, und ſie wird abſolut und unwiderruflich, ut alia quaevis inter vivos donatio. Die eigenthümlichen Beziehungen alſo, welche eine wahre m. c. donatio zu dem Vermögen des Schenkers hat können hier gar nicht eintreten [124]). Demnach dürfen wir auch dieſe ſo genannte m. c. donatio von der folgenden Erörterung ganz entfernen.

121) L. 42. in f. D. h. t. — Nach Festus v. »mortis causa stipulatio«, ſagte Labeo »mortis causa stipulatio est, quae ita fit, ut morte promissoris confirmetur«. Dieß war auf alle Weiſe richtig, denn ſelbſt wo Widerruf ausgeſchloſſen iſt, da kann man doch immer noch in einem gewiſſen Sinne ſagen, daß der frühere Tod des Schenkers erſt die Schenkung endlich bekräftigt. Was ſoll man aber denken von der Definition derer, die nach Feſtus Bericht ſagten, ſie ſey dann vorhanden, wenn »mors fuit stipulationis *causa?*« Wir müßten hier den Zuſammenhang kennen, worin die Juriſten ſo ſprachen; außer einem beſtimmten Zuſammenhang wäre es eine entſchieden falſche Definition.

122) L. 11. D. h. t.

123) L. 8. L. 18. pr. cod.

124) Die Stellen, welche davon handeln, ſollen nach dem Zuſammenhang nicht etwa darthun, daß dieß eine wahre m. c. donatio ſey, ſondern entweder nur, wie in L. 11, daß man unter den gegebenen Umſtänden, eine Schenkung zwar nicht auf ſeinen eignen Tod, wohl aber auf den Tod des Sohnes als erſt dann bindend ſtellen könne, oder es ſoll gezeigt werden, daß und in wie weit darin eine mortis causa capio liege, die den Regeln der Capacität und Incapacität unterworfen ſey, was ſich viel weiter erſtreckt, auch zuweilen auf ſolchen Gewinn, der aus dem Vermögen des Verſtorbenen, deſſen Todes halber man es bekommt, gar nicht herrührt. Vergl. L. 8. L. 18. cit. mit L. 22. L. 31. L. 36. L. 38. h. t.

3. Alſo Wortform war hier nicht; aber war denn vielleicht die Traditio hier die eigne Form? Auch mit dieſer hat man es verſucht. Aber wenn nur erſt die Lex Cincia hier beſeitigt iſt, ſo läßt ſich bald erſehen, daß die Tradition weder bey jeder m. c. donatio vorkam, noch daß da, wo ſie geſchah, dieß einen andern Grund hatte, als bey jeder Schenkung, ja als bey jedem Geſchäft, welches Uebergang des Eigenthums bewirken ſollte. Daß dem nun wirklich ſo ſey, ſoll ſogleich bewieſen werden.

4. Die römiſchen Juriſten zählen nirgends die Requiſite der mortis causa donatio auf, ſie geben nur davon eine ungefähre Beſchreibung, die ſie von der Geſinnung hernehmen, mit welcher geſchenkt wird, wie in L. 1. D. h. t., oder ſie ſagen, es gebe gar mancherley Arten von m. c. d., und es werden dann mehrere aufgerechnet, nachdem ſie vorher nothdürftig von der donatio vera et absoluta unterſchieden worden iſt, wie im L. 35. eod., oder ſie geben beziehungsweiſe ihren Charakter an, z. B. m. c. donatur, quod praesens praesenti dat, wie in L. 38. eod., nämlich um ſie von der mortis causa capio im ſtrengſten Sinn zu unterſcheiden. Von dem »praesens praesenti dat« ſind mehrere Bedeutungen möglich, die wahre muß aus der Verbindung und dem Gegenſatz errathen werden. Um daher vollkommene Sicherheit zu erhalten bleibt nichts andres übrig, als aus den unterſchiedlichen Fällen, die in den hierher gehörigen Titeln der Compilation und ſonſt zerſtreut vorkommen, ſich das Allgemeine zu entnehmen, was für alle zutrifft. Auf dieſe Weiſe finden ſich folgende beiden Requiſite

I, es muß durch die Schenkung ſelbſt eine Vermögensvermehrung für den Beſchenkten geſchehn, die der Schenker ſelbſt vornimmt, und die nicht erſt aus ſeiner Erbſchaft entnommen wird.

II, die Schenkung muß bis auf einen gewiſſen Punkt noch immer auf den Tod des Schenkers geſtellt ſeyn, näm-

lich ſo daß ihre Dauer erſt durch dieſen vollkommen geſichert wird, wenigſtens der Fall, da der Beſchenkte vor dem Schenker ſtirbt, muß als Revocationsfall übrig ſeyn. Dieſer darf niemals fehlen, denn ſonſt wäre entweder dem Erben des Beſchenkten geſchenkt was der Donator nicht wollte, oder es wäre eine reine Donatio inter vivos.

Dieſe beiden Requiſite ſollen nun in ihrem Detail entwickelt werden.

5. Das Detail zu I. kann nur in den verſchiednen Vermögensvermehrungen beſtehen, durch welche überhaupt eine Donatio, auch die inter vivos — abgeſehen von der Lex Cincia — bewirkt werden kann.

Das häufigſte iſt hier unſtreitig, daß man die Sache gleich ins Eigenthum des Andern überträgt, ja daß man ſie ihm auch zugleich zum Genuß und Gebrauch hingibt. Aus dieſer Häufigkeit aber gleich auf Nothwendigkeit der Traditio zu ſchließen, würde ein Misgriff ſeyn.

Die bekannte Weiſe der römiſchen Juriſten ihre Theorieen gleichſam praktiſch vorzutragen, brachte es von ſelbſt mit ſich, daß ihnen die häufigern Fälle immer vor Augen ſchwebten. So denken ſie hier gemeiniglich an den ſicher im gemeinen Leben gewöhnlicheren Fall, da Einer in einer augenblicklich oder doch nahe drohenden beſondern Lebensgefahr, vorzüglich in heftiger Krankheit, mortis causa ſchenkt, und wenn ſie auch den ſeltenſten Fall, da man mit Rückſicht auf die allgemeine und unbeſtimmte Lebensgefahr, die jedem, auch dem Geſündeſten ſtündlich droht, hervorheben, grade um ihn als eine mögliche Species der m. c. donatio bemerklich zu machen [125]), ſo führt ſie ihre Phantaſie doch bald wieder auf den häufigern Fall hin, ſie verweilen länger bey demſelben, zerlegen ihn genauer in ſeine Beſtandtheile, und ihre mehrſten Beiſpiele ſind davon hergenommen. Der Juriſt Fulcinius,

125) L. 2. L. 35. §. 4. t. L. 43. D. h. L. 31 in f.

bekanntlich einer der älteſten Pandektenjuriſten [126]) wollte die m. c. donationes unter Ehegatten gar nicht anders als in dieſem Falle gelten laſſen, zu einer Zeit, wo dieſe vermuthlich noch nicht ſo entſchieden allgemein recipirt waren, wie nachher [127]). Selbſt die von neuern Juriſten ſo oft wiederholte Beſchreibung, daß der Schenker bey der m. c. donatio ſich die Sache mehr gönne, als dem Andern, und dieſem nur mehr als dem Erben, während der inter vivos Schenkende ein entſchloſſenes Opfer bringe [128]), trifft bey dem Fall der beſondern Lebensgefahr faſt ohne Ausnahme zu, denn wenn auch beliebt wurde daß in der Zwiſchenzeit, ehe über den Ausgang entſchieden war, keine Reue wirken ſolle — was allerdings gültig war, obgleich gegen die Regel [129]) — ſo konnte doch der Schenker in dieſer Zwiſchenzeit die Sache faſt niemals benutzen, und ſo brachte er in keinerlei Art ein Opfer. Man darf daher auch wohl vermuthen, daß ſich erſt aus dieſem Fall das ganze Inſtitut entwickelt hat; dennoch aber iſt nun, da es vollſtändig gewonnen iſt, der andre Fall für die Theorie nicht weniger bedeutend.

6. Mit der Tradition verhält es ſich auf ähnliche Weiſe. Sie war keineswegs abſolutes Erforderniß der m. c. donatio, konnte es gar nicht ſeyn; aber ſie kam ſehr häufig dabey vor, und ſo ſind die meiſten Fälle, die in den Leges vorkommen, grade Traditionsfälle. Dazu kommt nun noch, daß viele Fälle, die außerdem möglich waren, in der Juſtinianiſchen Compilation keine Aufnahme erhalten konnten, da ſie antiquirt waren. Eine Sache d. h. das Eigenthum daran, konnte ohne Zweifel auch durch Mancipatio und In iure cessio geſchenkt werden. Ob sola in iure cessio ſich in dem Sinn denken läßt, nämlich ohne Tradition, wie sola manci-

126) L. 43. h. t. — S. Guil. Grotius de vit. Ict. lib. II. c. 5. §. 5.
127) Vergl. L. 9. §. 2. D. de donat. int. Vet U.
128) L. 1. L. 35. §. 2. D. in t.
129) Vergl. L. 16. D. h. t. mit L. 13. §. 1. med. eod.

patio [130]), wollen wir auch hier wieder dahin gestellt seyn lassen: hätten wir so reichlich ursprüngliche Quellen über die m. c. donatio, wie in andern Materien, so würden wir die In iure cessio doch vielleicht da gar nicht erwähnt finden, weil ihre Anwendung dabey so selten war, und die Möglichkeit dieser sich von selbst verstand. Von der Mancipatio wissen wir's nun aber auf alle Weise gewiß, daß durch sie ohne Tradition Eigenthum, wenigstens an unbeweglichen res mancipi, übertragen werden konnte. Wir wissen gewiß, daß dieß auch bey Schenkungen, von der Lex Cincia abgesehn, mit vollem Effect, geschehen konnte: warum denn nicht auch bey der Schenkung Todes halber? Einer lag gefährlich krank, oder er mußte rasch in den Krieg ziehn, er hatte ein entferntes italisches Grundstück, nun wollte er schnell einem Freunde in förmlicher Art vor Zeugen das Grundstück schenken, aber unter Bedingung seines Todes: sollte er das nicht haben ausrichten können? Sicher konnte er das, eben so gut als er bey der res nec mancipi dasselbe durch bloße Tradition bewirken, oder bey einer res mancipi das bonitarische Eigenthum, nachdem Scheidung desselben von dem quiritarischen Eigenthum, und so Entzweiung des Dominii möglich geworden, durch bloße Tradition mortis causa übertragen konnte; so daß ihm also unter den gegebenen Umständen bey der beweglichen Sache die Tradition, bey der unbeweglichen die Mancipation bequemer seyn mußte, keine derselben aber ihre Absicht verfehlen konnte. Bey der bloßen Mancipation konnte ja doch so im strengsten Sinn ein »praesens praesenti data« (L. 38. h. t. cit.) eintreten, dare von Eigenthum geben, was es vorzüglich hieß, verstanden.

7. Man könnte hiergegen einwenden, daß die Mancipatio in L. 77. de R. I. unter den legitimi actus vorkommt, welche keine Conditio leiden, daß aber die Cessio in iure als

130) Rhein. Museum a. a. O. S. 197. ꝛc.

Legis actio dieſelbe gewiß noch weniger zuließ [131]); nun ſey der Zuſatz mortis causa aber eine Conditio. Wenn ich oben (S. 314.) ſagte, daß bey einer wahren Schenkung Todeshalber der Tod Conditio ſeyn müſſe, ſo verſtand ich dieß im Gegenſatz von Cauſa, Beweggrund; alſo war damit ganz allgemein eine bedingende Clauſel, ſo wie ſie nur eine Repetitio hervorbringen könne, keinesweges eine Conditio im ſtrengen Sinne (Suspenſiv-Bedingung) gemeint: in der dort angeführten L. 3. D. de donat. wird das Wort eben ſo unbeſtimmt genommen. Ob hier nicht auf jeden Fall ein Actus tacite conditionem recipiens angenommen ward, deſſen Gültigkeit L. 77. cit. anerkennt, ob man nicht wenigſtens mit einer nicht ungewöhnlichen Nachſicht [132]) eine donatio ad conditionem (Reſol. Bedingung) zuließ? das iſt nicht nöthig hier zu unterſuchen. So viel ſcheint mir wohl ganz gewiß, daß man die Mancipiation nicht ſuspenſiv ſo bedingen konnte, daß das Eigenthum nicht gleich, ſondern erſt künftig beym Tode überging; aber das war auch überhaupt unregelmäßig. Angenommen aber auch, daß man bey dieſen Arten die Schenkung zu vollziehn weder direct jemals eine Resolutio donationis eintreten ließ, noch indirect durch actio in rem utilis, auch ſelbſt nicht wenn der Beſchenkte vor dem Erblaſſer ſtarb; ſo folgt daraus gar nichts weiter, als das man in dieſen Fällen nur allein durch eine Condictio helfen und durch dieſe die Repitition ausmitteln konnte; ſo daß alſo die Klauſel: »mortis causa« weder gleich einer Suspenſiv- nach gleich einer Reſolutiv-Bedingung wirkte, ſondern wie das Verſprechen eines Rückkaufs lediglich Rückgabe und Rückerwerb bewirkte [133]).

131) Vatic. §. 48 — 50.

132) S. die eben angeführten Stellen der Vaticanen.

133) Dies konnte denn auch ohne Zweifel durch ein hinzugefügtes Pactum Fiduciae bewirkt werden, wo aber dieſes unterlaſſen worden, ward doch gewiß die Condictio gegeben. Doch mogte vielleicht hierüber grade Streit ſeyn. Vergl. Haubold l. c. pag. 460.

8. Ungeachtet nun so durch bloße Mancipation [134]) auch Todes halber geschenkt werden konnte, so halte ich mich doch völlig überzeugt, daß wenn gesagt wird rem donare ohne weitern Zusatz, Tradition gemeint ist, ohne oder mit Mancipation, denn den natürlichen Sinn, wornach donare so viel als dare, Hingeben bedeutet [135]), behielt man hier gewiß, nur juristisch näher bestimmt, gerne bey, und wo man den rein abstracten Begriff von Liberalität bedurfte, da legte man dieß schon in den Zusammenhang der Worte, und sagte also z. B. sola mancipatione fundum donare, oder rem donationis causa tantum mancipare; nicht anders als wie man sagte: donandi animo decem promittere, oder usumfructum donandi causa dare s. constituere. In allen diesen Redensarten konnte denn auch die Clausel »mortis causa« vorkommen; und dieß führt uns denn auf eine neue Bestimmung, wie hier außer Tradition eine Vermögensvermehrung vorkommen konnte.

9. Wir dürfen nicht die Eigenheiten der klassischen Zeiten herausstellen, um zu zeigen, daß außer Tradition eine Schenkung Todes halber möglich war, sondern diese Möglichkeit zeigt sich schon in dem, was sie mit dem neuesten Recht gemein hat. Denn wer kann es bezweifeln, daß man auch einen Ususfructus jemanden mortis causa bestellen konnte, d. h. nun so daß er diesen auf Lebenszeit behielt, dem Schenker aber die Zurücknahme bis zu seinem Tode frey blieb. Hier konnte ohne Zweifel nicht Revocation auf den einzigen Fall, da der Beschenkte vor dem Schenker starb, beschränkt werden, aber nur nach der besondern Natur des Falles nicht, denn das wäre wahre Schenkung unter Lebenden gewesen, da der Ususfructus ohnehin mit dem Tode des Beschenkten ausstirbt.

134) War im Gegentheil die res mancipi bloß tradirt, so konnte nun der Beschenkte, entweder im Augenblick der Tradition, oder wenn es so beliebt war, erst im Augenblick des Todes das bonitarische Eigenthum erwerben, was sich denn aber bekanntlich bald in quiritarisches verwandelte.

135) S. z. B. nur L. 9. §. 1. D. de iure dot. und Cod. Hermog. tit. 6. c. 1. (consultat. no. VI in f.) u. s. w.

Allerdings konnte man da nicht ſagen *rem* donare, aber doch usumfructum mortis causa donare. In L. 1. §. 2. D. usufructuar. quemadm. caveat kommt ein ſolcher ususfructus mortis causa donatione constitutus vor [136]); in L. 3. §. 3. de legatis III. eine Rückceſſion an den Proprietar [137]), die mortis causa geſchah. Seltener mochte es ſeyn, daß man jemanden eine Servitus, d. h. eine Realſervitut mortis causa beſtellte, doch iſt die Zuläſſigkeit, und daß dieß auch zuweilen den Parteien wünſchenswerth und genehm ſeyn konnte, nicht zu bezweifeln. Nun iſt es aber ein allbekannter Satz: incorporales res traditionem non recipiunt [138]). Im älteſten Recht waren es in iure cessio und nur zuweilen Mancipatio wodurch die Beſtellung geſchah [139]); im neueſten Pactiones et Stipulationes [140]); im Mittelrecht kam zuweilen eine Quaſitradition neben der Ceſſio in jure vor [141]), aber wer könnte es glauben, daß dieſe allein es geweſen ſey, durch welche man hier habe beſtellen können, daß alſo keine civile Perſonal- oder Real-Servitut mortis causa habe geſchenkt werden können, und nur die unregelmäßige prätoriſche?

10. Endlich es kann auch mortis causa eine Obligatio geſchenkt werden, und zwar entweder ſo, daß die Forderung dem Beſchenkten donandi animo durch Promiſſio des Schenkers conſtituirt wird [142]), oder indem man ein Nomen ſchenkt, was man ſchon hat, durch Ceſſion oder Delegation, oder was man den Andern ſofort ſtipuliren läßt, während

136) Plane et si ex mortis causa donatione ususfructus constituatur, exemplo legatorum debebit haec cautio praestari.

137) Si habenti tibi proprietatem, usumfructum mortis causa cessero — medii temporis, quo vivat qui donavit, commodum cogitemus. Ohne Zweifel ſtand hier *in iure* cessero, oder ward doch ſubintelligirt.

138) Gaius II. 28. 19. L. 43. §. 1. D. de A. R. D.

139) Rhein. Muſ. Jahrg. 1. H. 1. S. 91.

140) Rhein. Muſ. a. a. O. S. 122. 123.

141) Rhein. Muſ. a. a. O. S. 116.

142) L. 34. L. 35. §. 7. D. h. t. L. 76. D. de I. D. (hinſichtlich der Tochter war es Schenkung). Hierher gehört auch L. 42. pr. D. h. t., wie ſich weiter unten zeigen wird.

man es ſich ſelbſt hätte promittiren laſſen können, z. B. eine Dos, die man ſelbſt giebt, indem man einem Andern die Reſtitution verſprechen läßt [143]); oder endlich durch das Umgekehrte, daß man nämlich dem Andern die Obligatio erläßt, man befreit ihn durch Acceptilatio oder durch Pactum remiſſorium, oder dadurch, daß man ſich ſelbſt oder ſeinen Debitor dem Creditor des zu Beſchenkenden novandi animo delegiren läßt [144]). Hier wird immer das Vermögen des Debitor mortis causa augenblicklich vermehrt, und das iſt zu einer Schenkung Todes halber genug. Nur bei dem Nomen mortis causa donatum wenn es durch Ceſſion geſchah, könnte man von Uebertragung aus einem Vermögen in das andre ſprechen, die aber doch kein Römer Traditio genannt haben würde, ſehr uneigentlich ſchon, wenn es durch Delegation geſchah wegen der damit verbundenen Novation, vollends wenn es per interpositam personam bewirkt wurde; bei der obligatio mortis causa constituta (ein Ausdruck der in L. 76. de I. D. cit. buchſtäblich vorkommt) geſchieht in keinem Sinne Uebertragung, obgleich das eine Vermögen durch Contrahirung der Schuld verliert, was das andere durch die Forderung gewinnt, wie in aller Welt ließe ſich das nur Tradition nennen? endlich bey der Liberatio donata gibt man bloß etwas auf, man überträgt nichts [145]). Allerdings falls die Schenkung vermöge der bedingenden Clauſel zurückgeht, kann man die constituta obligatio ſo gut als die tradirte Sache condiciren [146]), aber die Condictio wird hier nicht auf Rückübertragung, ſondern anf Acceptilation, alſo auf Vernichtung einer Forderung angeſtellt, wie bey der Liberation auf

143) L. 77. §. 2. de legat. II. L. 11. D. de dote praelegata.

144) L. 18. §. 1. L. 28. L. 31. §. 1. D. h. t. L. 15. pr. D. ad S. Falcid. L. 77. §. 2. de legat. II.

145) S. oben §. 1. No. 3.

146) L. 76. D. de iure dot. cit. — — nam ut corporis vel pecuniae translatae, ita obligationis constitutae mortis causa condictio est.

neue Conſtitution der vernichteten Obligatio [147]); beym remiſſoriſchen Pactum iſt eine replica doli oder in factum concepta hinreichend.

Die augenblickliche Vermehrung des Vermögens leuchtet bey der Todes halber geſchehenen Stipulation nicht ſogleich ein; da dieſe vor dem Tode nicht realiſirt werden konnte, wenn der Donator ſich nicht neuerdings entſchloß noch früher zu zahlen. Allein wirklich übernahm doch der Schenker ſogleich ſelbſt in ſeiner Perſon die Schuld, und verminderte dadurch ſein Vermögen, wenn er auch dieſe Verminderung und die ihr correſpondirende Vermehrung noch bis zum Tode wieder aufheben konnte; ſtarb er, ſo ging die Schuld aus ſeiner Perſon auf die des Erben über, und nun konnte gefodert werden. Am deutlichſten iſt dieß geſagt in

> L. 34. D. h. t. Mortis causa donatio etiam sic constitui potest; ut quis stipuletur in annos singulos, quoad viveret, scilicet ut post mortem promissoris incipiat exactio.

Wie man dieß hat ſo verſtehen können [148]), als wenn hier auch die jährlichen Rückſtände von der Stipulation an bis zum Tode nun da dieſer erfolgt iſt nachgefordert werden können, iſt mir unbegreiflich, denn ehe die exactio eintritt iſt kein Termin der Fälligkeit, und ehe etwas fällig iſt, kann nicht von Rückſtänden die Rede ſeyn. Und wie konnte dieß auch wohl, die Sache ganz natürlich betrachtet, die Meinung des Schenkers ſeyn? Allerdings war aber durch die obige Anſicht auch der Regel des alten Rechts, daß keine Obligatio ſo contrahirt werden kann, daß ſie ihren Anfang erſt in der Perſon des Erben nehme [149]), ausgebeugt.

147) L. 18. §. 1. D. h. t. cit.

148) Tübinger Krit. Zeitſchrift a. a. O. S. 238. . . »weil und nach dem Verfaſſer ſelbſt die bey Lebzeiten fällig werdenden Terminzahlungen nach dem Tode eingeklagt werden«.

149) Gaius III. 100. und die in der Berliner Ausgabe citirten Parallelſtellen.

12. Kehren wir nun noch einmal zur res m. c. donata zurück. Wir haben bisher, indem wir zu zeigen ſuchten, wie hier die Vermögensvermehrung geſchehen könne, nebenbey die Meinung bekämpft, daß bey der m. c. donatio immer eine Tradition geſchehen müſſe. Dagegen aber meint der größere Theil der Juriſten, daß ſie hier überall entbehrt werden könne, auch bey res donatae, auch nach dem neueſten R. Recht, wo es keine Mancipatio und keine Ceſſio in jure mehr gab. Da ſie dieß auch in Pandektenſtellen zu finden glauben, ſo giebt dieß für das klaſſiſche Recht das Reſultat, daß gar kein Akt bey Lebzeiten des Schenkers nöthig war, durch welchen Eigenthum übertragen werden konnte. Sie verſtehen in L. 29. D. h. t. die Worte: »ut si mors contigisset, tunc haberet« ſo, daß der Beſchenkte die Sache überall erſt in Händen bekommt, wenn nun der Schenker geſtorben iſt; auch der Beſitz wird ihm dann zuerſt übertragen. Daß »habere« wie unſer teutſches »haben« auch dieſen Sinn leidet, iſt bekannt, ſo wie daß es auch auf zu Eigenthum haben gehen kann. Was es eben bedeute, muß der Zuſammenhang lehren. Hier fängt aber die Rede mit »si res donata est« an, und da liegt ſchon nach dem Obigen, in dem donare die Tradition, wie ſich jeder leicht empiriſch überzeugen kann, wenn er nur einmal den Titel durchleſen will; und ſo kann es nichts Anderes heißen als was in L. 2. eod: »si non *sic det*, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta«, oder in L. 15. in f. D. de manumiss., »quemadmodum cum rem *ita tradiderit*, ut moriente eo *fieret accipientis*, quae ita demum alienatur, si donator in eadem permanserit voluntate«. Alſo es iſt dieß ſo zu verſtehen, daß allerdings gleich die Tradition geſchehen war, aber die Abſicht darauf gerichtet war, das Eigenthum ſolle erſt übergehn beym Tode. Nirgends kommt eine Stelle vor, die bey m. c. donatio auf einen Uebergang des Eigenthums ipso iure beym Tode hinwieſe; man mag leſen wo man will, es muß ein Akt unter

Lebenden vorausgegangen seyn, der diesen Uebergang vorbereitete, indem er ein Modus acquirendi dominii selbst war; und da in der Compilation alles übrige dieser Art gestrichen werden mußte, so ist es denn immer Traditio. Einen klaren besondern Beweis gibt aber

> L. 19 pr. D. de R. C. Julianus lib. 10. Digest. Non omnis numeratio eum, qui accepit, obligat, sed quotiens id ipsum agitur, ut confestim obligaretur. *Nam et is, qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam;* sed non aliter obligavit accipientem, quam si exstitisset casus, in quem obligatio collata fuisset, veluti si donator convaluisset, aut is, qui accipiebat, prior decessisset.

Hier finden wir numeratio als etwas, was bey donatio pecuniae entschieden immer geschieht, denn mit Cessio in jure wird man sich hier am wenigsten bemüht haben, und wenn auch, so geschah doch zugleich numeratio, und so ward reell übertragen. Wie wäre hier nur an eine bloße acceptirte Verfügung, daß der Andre das Geld nach unserm Tode sofort haben solle, zu denken? Ja freilich stipuliren konnte man das, aber das war nicht *pecunia* donata. Sodann aber auch bietet sich uns, um dieß noch fester zu begründen, das »mortis causa donatur, quod praesens praesenti dat« in L. 38 D. h. t. wie von selbst dar. Ich zweifle gar nicht, daß dieß nicht so zu nehmen sey, als müßten die Parteien bey der Tradition in Person gegenwärtig seyn; bey jeder Schenkung konnte die Tradition so geschehn, daß man dem Beschenkten die Sache überbringen ließ, oder ihm erlaubte, schriftlich oder mündlich, sich derselben zu bemächtigen, indem er dieß dann that, selbst bey den der L. Cincia unterworfenen Schenkungen, wo Tradition zur strengen Form gehörte[150]), war es hinlänglich; wie hätte dieß bey einer m. c. donatio

150) Rhein. Museum Jahrg. 1. H. 3. S. 201. Not. 25. Vgl. L. 10. L. 6. D. de donat.

anders ſeyn ſollen? Der Zuſammenhang in L. 38 führt auch nicht auf dieſen Sinn, denn es wird im Gegenſatz von einer mortis causa capio geſagt, bey der der Verſtorbene gar nichts bey ſeinen Lebzeiten hingegeben hat. Der wahre Sinn des praesens praesenti dat gibt alſo grade unſer Requiſit: der Schenker muß ſelbſt den Akt der Uebertragung vorgenommen haben, mag dieſer auch den Uebergang erſt bey ſeinem Tode bewirken ſollen. Daß dieß bey Mancipatio ſo nicht thunlich war, haben wir oben erwähnt, bey Ceſſio in jure ging es auch nicht an; wohl aber bey Tradition, indem man eine Suspenſivbedingung in dieſe hineinlegte. Aber wenn man auch das »praesens praesenti dat« in dem weiteſten Sinne nimmt, der nur irgend möglich iſt, ein Eigenthumsübergang beym Tode ohne irgend einen Akt der Uebertragung läßt ſich nicht damit vereinigen. Blos ſtipuliren kann man allerdings mortis causa, dadurch wird aber gegenwärtig die Obligatio gegeben, wenn ſie gleich erſt beym Tode fällig wird, auch acceptoferiren, dadurch wird aber die Befreiung gleich gegeben dem Gegenwärtigen von dem Gegenwärtigen; durch das remiſſoriſche Pactum wird eben ſo dem Lebendigen von dem Lebenden die Exceptio pacti gegeben, wenn er auch noch bis zu ſeinem Tode, falls er pönitirt, dagegen eine Replik hat. Aber was geſchieht denn hier, wo nichts gegeben wird? Wie ſoll dieß gedacht werden? Als bloße Verfügung: er ſoll das gleich nach meinem Tode haben? Das wäre ja reines Vermächtniß, und das ſollte hier ohne alle Form, nämlich nach klaſſiſchem Recht, und doch mit der ſonderbaren Wirkung gegolten haben, daß dieß Vermächtniß den Erwerb des Eigenthums an der vermachten Sache gleich beym Tode bewirkt hätte? Und doch wirkte ſelbſt das Vindicationslegat dieſen Uebergang erſt im Augenblick nach der Aditio haereditatis[151]). Oder ſollte die Acceptation dieſen bewirkt haben?

151) S. unten §. 3 no. 6.

Das wäre denn ein Pactum nudum gewesen, was zwar keine Forderung bewirkt hätte, aber doch eine Schenkung und einen Eigenthumsübergang: nach klassischem Recht gewiß ein Unding [152]).

Man lese nur alles verständig durch, und man wird dieß nirgends finden, sondern immer das Gegentheil, bis auf eine Stelle, in der man es zu finden glauben könnte, und die von denen, welche neuerdings das absolute Erforderniß der Tradition behaupteten, gar nicht berücksichtigt oder nur angeführt wird, obgleich die gemeine Ansicht damit allerdings unterstützt worden ist. Es ist *L.* 2. *D. de Public. act.* Von dieser soll aber weiter unten näher die Rede seyn.

13. So viel ist nun aber gewiß, daß wenn keine Uebertragung in iure oder durch Mancipation geschehen war, und nun bloß tradirt wurde, durch besondre Beliebung bestimmt werden konnte, sowohl daß das Eigenthum gleich übergehn sollte, als daß es erst beym Tode übergehn sollte [153]). Es fragt sich nur, wenn nichts ausdrücklich hierüber verabredet ist, auch nicht aus dem Zusammenhang erhellt, was die Meinung gewesen, was ist denn im Zweifel anzunehmen? Sehen wir hier erst einmal auf die Natur der Sache. Bey den res nec mancipi war die Tradition, was die Mancipation bey den res mancipi, ohne sie, durch bloßen Vertrag, konnte kein Eigenthum übertragen werden, durch sie ging es über, wenn nur eine zur Uebertragung desselben geeignete Causa vorhanden war. Eine solche war nun aber unstreitig die Donatio [154]), oder wenn man die Liberalität von dem Hingeben noch durch die Bezeichnung genauer absondern will, der animus donandi. Es bedurfte hier also nur der Tradition, und das Eigenthum ging über, oder wenn man unwissentlich

152) Rhein. Mus. a. a. O. S. 191.
153) L. 2. L. 29. D. h. t. cit. L. 15. in f. D. de manum. cit.
154) pr. J. de donat. Tit. D. pro donato.

eine res aliena ſo tradirt erhalten hatte, fing ſogleich die Uſucapion an. Daher heißt es in L. 1. D. pro donato:

pro donato usucapit, cui donationis causa res tradita est.

Dieß war die Regel, von der nur dann eine Ausnahme eintreten konnte, wenn eine Suſpenſivbedingung hinzugefügt war. Daß aber eine Suſpenſivbedingung präſumirt werde, hat noch Niemand behauptet. In dem Zuſatz mortis causa lag dieß an ſich nicht, wie man ja daraus ſieht, daß dieß mit augenblicklichem Uebergang des Eigenthums ſehr wohl beſtehen konnte [155]). Traf dieſer ein, ſo konnte es für die Fälle, da die Schenkung zurückging, wie eine Reſolutivbedingung wirken, oder ſo daß eigends zurück übertragen werden muſte, im letztern Fall war die Condictio (ob causam datorum) unentbehrlich: eines von dieſen beiden muſte alſo präſumirt, und immer der Uebergang des Eigenthums gleich bey der Tradition als das Regelmäßige im Zweifel angenommen werden.

14. Sehen wir uns nach ähnlichen Fällen um, die eine Analogie hergeben können, ſo müſſen es ſolche ſeyn, wo auch gewöhnlich tradirt wird und in der hinzugefügten Clauſel ſo gut eine Suſpenſivbedingung als eine Reſolutivbedingung enthalten ſeyn kann. Solche ſind beym Kauf die Addictio in diem, die Lex commissoria und das Pactum displicentiae. Hier wird aber immer die Reſolutivbedingung präſumirt, und die Tradition, ſobald ſie geſchieht, wirkt vorerſt was ſie ſoll: Uebergang des Eigenthums [156]). Wie in L. 2. und 29. D. h. t.

155) Die Formel in der Interpretatio bey Paulus a. a. O. (rem) me malo *habere* quam te etc. geht nur auf das „behalten", in ſeiner Macht behalten, wie auch im pr. J. de donationib. das habere vorkommt, wo es dem recipere auf der andern Seite entgegengeſetzt wird. S. auch L. 4. in f. D. de donat. int. v. et u. L. 56 in f. eod.

156) L. 1. L. 2. D. de in diem addict. iunct. L. 4. §. 3. eod. et L. 2. §. 4. D. pro emt. L. 1. D. de Lege commiss. L. 3. D. de contr. emt. L. 2. §. 5. D. pro emtore iuncta L. 4. C. de aedilit act. et §. 4. J. de emt. — Es iſt allerdings richtig, es mag ſchon tradirt ſeyn

hinſichtlich der m. c. donatio die Möglichkeiten aufgerechnet und alles auf das was man grade wollte geſtellt wird, ohne die Präſumtion zu beſtimmen, ſo wird grade auch in L. 2. D. de in diem addict. ausdrücklich geſagt, ob die Klauſel reſolutiv oder ſuſpenſiv wirken ſolle, das richte ſich darnach, »quid actum sit,« und für den Zweifelsfall wird nichts entſchieden; dieß Letztere wird aber in L. 2. §. 4. D. pro emtore hinzugefügt: der Reſolutiv-Effect ſey zu präſumiren. Eine neue Analogie iſt die der ante nuptias zur Dos gegebenen Sachen. Da wird auch zweimal in L. 7. §. 3. und L. 9. pr. D. de iure dot. alles auf die Abſicht geſtellt, in L. 8. dazwiſchen (von Calliſtratus) heißt es aber:

> Sed si non *evidenter* hoc actum fuerit, credendum est hoc agi, ut *statim* res sponsi fiant, et nisi nuptiae secutae fuerint reddantur [157].

15. Natur der Sache und Analogie ſind alſo für den augenblicklichen Uebergang. Aber es läßt ſich dieß auch in unſrer Materie beſonders darthun. So viel iſt nämliche gewiß, daß keine Condictio möglich iſt, wenn nicht vorher das Eigenthum überging [158]. Nun wird aber in mehrern Stellen des Pandektentitels bald von Africanus und Julianus, bald von Ulpianus und Paulus ſo davon geſprochen, als verſtehe ſich die Condictio von ſelbſt, und es wird nichts weiter erfordert, als donatum esse oder rem donatam esse, was denn immer heißt rem donationis causa traditam esse,

oder nicht, wenn melior conditio angetragen wird, es wird doch regelmäßig der Kauf nur reſolvirt, er iſt nur ſuſpendirt, wenn dieß erweislich in der Abſicht lag; aber der ganze Unterſchied erhält erſt durch vorhergegangene Tradition ſeine rechte Bedeutung: ſ. vorzüglich L. 4. §. 3. cit.

157) Vergl. L. 38. §. 1. D. de possess. L. 8. i. m. pr. D. de periculo. r. v.

158) L. ult. in f. D. usufructuar. quemadm. caveat (Ulp. L. 18 ad Sabinum) — — proditum est, neminem *rem suam*, nisi furi, *condicere* posse. Vergl. Gaius IV. 18 §. 15. J. de act. Theoph. ad h. l. et ad §. 3. J. de except. Vergl. auch L. 1. §. 7. L. 7. eod. L. 5. §. 1. D. de usufr. ear. rer. Bey fungibeln Sachen als ſolchen kann natürlich dieß Hinderniß der Condictio nicht gedacht werden.

und daß ein Fall der Rückgängigkeit eingetreten ſey [159]); daß man bey der Tradition an den Tag gelegt habe, man wolle gleich Eigenthum übertragen, wird nirgends erfordert, natürlich weil es ſich von ſelbſt verſtand. In mehrern der angeführten Stellen wird auch vorausgeſetzt, daß die inzwiſchen von dem Beſchenkten geſchehene Veräußerung wirkſam geweſen ſey, und das Eigenthum an den Dritten gebracht habe, was bey Suſpenſiv-Effect unmöglich geweſen wäre; da denn auch von dem Beſchenkten das Pretium condicirt werden konnte. Daher denn ferner wird auch in L. 13. 33. D. h. t. von der Uſucapion nach geſchehener Tradition der m. c. geſchenkten res aliena als einer ſich von ſelbſt ergebenden Sache geſprochen. Endlich iſt ganz entſcheidend L. 1. in f. pr. D. de donationibus, wo in genere geſagt wird, die Donatio mortis causa ſey eine donatio, quae sub conditione solvatur. Für das von Juſtinian recipirte Pandektenrecht iſt dieſe Präſumtion alſo ganz ausgemacht [160]).

159) L. 13. pr. L. 23. L. 19. in f. L. 30. L. 35. §. 3. L. 37. §. 1. L. 39. L. ult. D. h. t. L. 12. D. de condict. causa data. L. 4. L. 52. §. 1. L. 56. D. de donat. int. v. et u. — Auch die oben S. 326 excerpirte L. 19. pr. D. de R. C. gehört ganz und gar hieher, denn die dort durch Geneſung oder frühern Tod des Beſchenkten zuerſt entſtehende Obligatio, was iſt ſie anders als die Obligatio dieſer Condictio, durch die nach L. 24. D. h. t. ſogar eine Art Novatio (!) möglich war?

160) Eine Ausnahme muß freilich eintreten, wenn bey der Tradition anfangs ein rechtliches Hinderniß, wie das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten, entgegenſteht, ſo daß das Eigenthum gar nicht ſogleich übergehn kann L. 9. §. 2. — L. 11. D. de donat. int. V. et U. Vergl. L. 3, §. 10. eod. Hier gibt das Geſetz ſelbſt eigends den Suſpenſiv-Effect, und ſo beſtätigt dieß rückwärts unſre Regel und ihre Präſumtion, welche auch noch recht ſichtlich aus §. 7. L. 11 cit. und aus der ganzen Darſtellung in dieſer hervorgeht. Um allen Zweifel zu heben, ſagt Papinian in L. 52 §. 1. D. de donat. int. v. et u.: quo casu inter exteros condictio nascitur, inter maritos nihil agitur. Erfolgt dann aber der Tod des Ehegatten, welcher geſchenkt hatte ohne Widerruf, ſo iſt dieß Hinderniß gehoben, und das Eigenthum geht nun ſofort über. Lag noch ein andres Hinderniß in der Mitte, ſo kam es nur darauf an, ob dieſes zur Zeit des Todes gehoben war. In allen übrigen Rückſichten wird nun aber die Schenkung auf die Zeit wo ſie geſchah, zurückgezogen, z. B. werden die Früchte der Zwiſchenzeit lucrirt. L. 40. D. h. t. Veräußerte der be-

16. Aber auch für das klaſſiſche Recht ſelbſt iſt es daher ſehr unwahrſcheinlich, daß eine ganze Schule (die nach Proculus genannte) das Gegentheil ſollte angenommen haben [161]). In L. 35. §. 3. D. h. t. heißt es aber:

nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit, quasi re non secuta.

Alſo, ſchließt Cramer [162]) meinten die Proculianer, daß das Eigenthum hier nicht durch die Tradition, ſondern erſt beym Tode übergehe, ſonſt hätten ſie nicht die Condictio (ob causam datorum) geweigert. Damit bringt er denn den Streit der römiſchen Juriſten, ob die m. c. donatio wie eine Schenkung oder wie ein Legat zu behandeln ſey, in Verbindung. Daß dieſe Verknüpfung der beiden Streitfragen ohne Grund ſey, werde ich unten zu zeigen ſuchen. Aber ich kann mich auch von dem Schluß, ſo wie er dort zunächſt gemacht wird, durchaus nicht überzeugen [163]). Zuvörderſt ſcheint mir aus dem «nec dubitaverunt Cassiani« noch gar nicht nothwendig ſich zu ergeben, daß die Proculianer entſchieden das Gegentheil annahmen, ſie konnten es nur disputable finden, aber bis auf einen gewiſſen Punkt und unter Modificationen daſſelbe annehmen. Die Worte ſollen vielleicht nichts weiter ſagen, als es machte ſich dieſe Meinung in der Sabiniſchen Schule

ſchenkte Ehegatte inzwiſchen, ſo convalescirt auch dieſe Veräußerung, wenn ſie gleich inzwiſchen ebenfalls ſuspendirt war. L. 11. cit in f. Dieſe Lex iſt noch deswegen hier beſonders merkwürdig, weil da *tradere*, *dare*, *donare* immer gleichbedeutend gebraucht und immer auch dieß Uebergeben, ſelbſt bey ſuspendirter Schenkung T. H., ſo angeſehn wird, als könne es gar nicht fehlen.

161) Einzelne Juriſten mogten hier eine Suspenſivbedingung präſumiren. Etwas Aehnliches findet ſich bey der Addictio in diem L. 2. §. 4. pro emt. cit.

162) Dieß iſt der Hauptinhalt einer kleinen intereſſanten Abhandlung, die nicht verdient hatte in den neueſten Schriften (verſteht ſich nicht in der Houbold'ſchen) überſehen zu werden. Sie ſteht in den dispunctiones iuris. Swerin und Wismar 1792 c. 10.

163) Mehrere Schriftſteller, die bey Cramer angeführt ſind, hatten ſich ſchon gegen die ganze Argumentation erklärt, und dieſen iſt auch beygetreten Dirkſen Beiträge S. 110. 111.

zuerſt entſchieden und allgemein geltend. Die Proculianer nahmen es denn aber allmählig auch an. Das nächſte wäre hier doch: die Proculianer gaben niemals bey m. c. donatio eine Condictio. Es iſt nicht gut begreiflich, wie das möglich war, denn ſollten ſie wohl auch behauptet haben, daß man nicht einmal durch ausdrückliche Beſtimmung hier der Tradition die Kraft habe geben können, Eigenthum zu übertragen? Sie müſten denn aber auch alle Mancipatio und Ceſſio in jure, wenigſtens ohne pactum fiduciae, von der Schenkung Todes halber entfernt haben. Der Pecunia donata will ich gar nicht erwähnen [164]). Angenommen aber auch, ſie ließen keine Condictio zu, ſo folgt ja noch gar nicht, daß ſie ſie deswegen verſagten, weil kein Eigenthumsübergang geſchehen war. Ihr Grund konnte ja ſeyn: die Clauſel »mortis causa« wirkt in allen Fällen, wo die Schenkung zurückgeht: wenn der Schenker die Gefahr überſtand, wenn der Beſchenkte vor ihm ſtarb, wenn es ihn gereute, — gleich wie eine Reſolutivbedingung, auch in dem letztgenannten Fall wie ein Pactum displicentiae beym Kauf [165]), eben daher wird aber auch keine Condictio erfordert, da die rei vindicatio alle Dienſte thut. Freilich wenn die Sache zerſtöhrt oder gänzlich abhanden gebracht worden war, ſo mogte ſelbſt der zum Zweck der rei vindicatio fingirte Beſitz doch nicht immer ausreichen; aber da mogten ſie ſich denn auch wohl zu einer Condictio bequemen, denn eine Contractsklage gab es hier nicht [166]). Ueberhaupt läßt ſich ja

164) Es gibt auch noch andre Fälle, wo die Condictio unentbehrlich iſt, wenn man die Schenkung völlig rückgängig machen will, z. B. bey obligatio donata muß ſie auch auf Acceptilatio angeſtellt werden können, bey liberatio donata dagegen darauf, ut obligatio recipiatur; doch kommt hier auch eine *Actio in factum* nebenbey vor L. 18. in f. D. h. t. L. 24. L. 31. §. 3. §. 6. eod. Vergl. L. 3. D. de condict. sine causa.

165) Ulpian's L. 30. D. h. t. iſt genau beſehen entgegen; aber das macht hier nichts aus.

166) Bey der Addictio in diem und was ihr ähnlich concurrirt immer die Actio emti venditi mit der dinglichen Klage, aber auch wo Suspenſiv-Effect verabredet war, findet dieſe, ſie findet allgemein

sehr gut denken, daß sie die Condictio nur nicht so allgemein wie die Cassianer gelten ließen, eben weil sie die Resolution häufiger eintreten und dabey keine dingliche Klage mit der persönlichen concurriren ließen [167]): wie die Condictio nicht entstehen konnte, wenn das Eigenthum gar nicht übergegangen war, so sollte sie auch nicht gegeben werden, wenn es schon ipso iure zum Schenker zurückgekehrt war. Diese Vermuthung bestätigt sich, wenn man in L. 6. §. 3. selbst weiter liest. Wäre die Grund-Differenz Uebergang und Nichtüber-

dabey auf Restitution Statt. L. 16. in f. L. 4. §. 4. in f. D. de in diem add. conf. L. 4. pr. D. de lege commiss.

167) Genau genommen steht ja auch hier Ulpian's: „nemo rem suam condicere potest" entgegen; aber seine eignen Aeußerungen in L. 29. h. t. verbunden mit den andern Not. 164 angeführten Stellen, welche die Condictio in allen Fällen der Rückgängigkeit zulassen, zeigen, daß man sich bequemte, die Klage aus dem rückfallenden Eigenthum mit der Condictio concurriren zu lassen. Die Vindication war unzweifelhaft nur, wenn der Suspensiv-Effect verabredet worden, wenn das nicht, so war regelmäßig die Condictio, aber indem man den Resolutiv-Effect zuließ konnte man auch mit Fug die dingliche Klage geben, wenn die Gefahr vorüber war (»potest defendi«), auch selbst wenn nur der Beschenkte vor dem Schenker starb. Nur wenn der Schenker bloß pönitirte, da ließ sich nicht sogleich eine Resolution denken, dennoch gab man auch hier eine actio utilis, wenn die Umstände darnach waren. Das ist der Sinn der L. 29 und 30 h. t. Vergl. L. 14 eod. So mogte man die ursprünglich Proculianische Theorie mit der Sabinischen praktisch vereinigen, wenn das auch nicht rein consequent war. Für das recipirte Pandektenrecht ist dieß nun wenigstens entschieden. Dagegen wo die Vindication unzweifelhaft war, da gab es denn auch keine Condictio, und so viel war zu dieser sicher erforderlich, daß einmal Eigenthum übergegangen sey, was denn aber eben wie die Condictio selbst die Regel ausmachte. Doch können ungeachtet der Suspension wohl Fälle gedacht werden, wo doch eine persönliche Klage erforderlich ist, die denn nur nicht auf die Sache, sondern auf ein gelöstes Pretium geht, z. B. Einer kaufte von dem Beschenkten die Sache bona fide, und veräußerte sie, nun ging die Sache zu Grunde oder kam gänzlich abhanden, der Beschenkte war aber insolvent; hier mußte das Pretium mit einer Condictio sine causa erlangt werden können arg. L. 23. D. de reb. cred. vergl. mit L. 1. C. d. reb. alien. non al. und L. ult. D. de N. G. Gegen den Beschenkten selbst kann ohne Zweifel, als fingirten Besitzer (qui dolo fecit quominus possideret), dinglich geklagt werden, und so gegen den dritten Besitzer, der die Sache noch hat. Von jenem kann man aber auch, wie man will, das Pretium condiciren. L. 19 in f. L. 37. §. 1. h. t. vgl. L. 29. eod.

gang des Eigenthums gewesen, so hätte der erstere demonstrirt werden müssen, aber vielmehr wird der Grund darin gesetzt, daß eine solche Schenkung wie ein Innominatcontract und was dem ähnlich anzusehn sey, und da kehrt bekanntlich das Eigenthum nicht ipso iure zurück. Nec dubitaverunt Cassiani, heißt es da:

> *propter hanc rationem*, quod ea, quae dantur, aut ita dantur, ut aliquid facias, aut etc. — — et in istis condictio sequitur.

Alles dieß ist eine Vermuthung, aber es sollte auch nur dazu dienen, unsern Zweifel zu entschuldigen, und zugleich die Sache von mehrern Seiten darzustellen. So viel scheint mir klar, daß man es nicht wissen kann, welcher Streit geführt wurde, und wie weit man sich uneinig war.

17. Ist nun aber bey der Tradition in specie beliebt worden, daß der Uebergang des Eigenthums erst beym Tode erfolgen solle, so ist dieser Aufschub in die Tradition selbst hineingelegt, und sie kann nicht eher wirken, bis der Schenker stirbt, wirkt dann aber auch alsogleich, so wie sein Tod erfolgt: der sich nun ereignende Uebergang hat also seine Quelle in der vorhergegangenen Tradition, und diese wirkt in diesem Moment die Vermehrung des Vermögens; ist nun auch gar keine früher geschehen, nicht einmal durch Ius possessionis und Conditio usucapiendi, so erfolgt sie doch nun unmittelbar nach dem Tode vollaus, und nicht erst aus der Erbschaft wird das Geschenk gereicht. So ist also auch hier dem Requisit sub I. genug geschehn. Wie sich dieß nun aber zu solchen Geschenken (s. l.) stellt, die aus dem Nachlaß selbst gegeben werden, also wie es sich zum Vermächtniß in genere stellt, das wird sich erst zeigen, wenn wir das zweite Requisit näher angesehn haben.

18. Die Möglichkeiten, welche in Beziehung auf das Requisit sub II (oben n. 4.) vorkommen können, sind in L. 13. § 1. (Julian. Dig.) und in L. 35. (Paul. ad L. Jul. et

Pap.) h. t. ausführlich dargeſtellt, und, da es Paulus hier darauf ankam, die Fälle, in ſo fern ſie als m. c. donationes noch unter die Incapacität gehörten, zu erſchöpfen, und die Disputе darüber (»multae variaeque quaestiones«) zu beſeitigen; ſo können wir darauf rechnen, daß nur allein wahre Fälle der m. c. donatio, und kein bloßer Scheinfall, wie einer in L. 27. eod. (oben S. 314.) erwähnt iſt, uns hier vorgeführt werden [168]).

Zuförderſt iſt es bloß quaestio facti, ob eine Schenkung Todes halber im allgemeinen auf den Tod, oder auf eine einzelne Todesgefahr [169]), mag dieſe nun näher (tödtliche Krankheit) oder entfernter (eine vielleicht erſt nach einem Jahre bevorſtehende Seereiſe) herandrohn, geſtellt iſt. Bey dem bloß unbeſtimmten Ausdruck mortis causa, kann natürlich, wenn nicht in facto eine Verbindung mit einer beſtimmten Gefahr nachgewieſen werden kann, nur das Erſtere angenommen werden. Hat nun aber eine ſolche der Schenker im Auge, ſo wird auch regelmäßig die Schenkung durch Rettung reſolvirt, und nun treten die obigen Rechtsmittel ein. Stirbt in der Zwiſchenzeit der Beſchenkte vor dem Schenker, ſo wird die Schenkung ebenfalls reſolvirt [170]), kommen ſie vielleicht beide in derſelben Lebensgefahr um, ſo daß ſich nicht unterſcheiden läßt, wer zuerſt und wer zuletzt, ſo behält der Beſchenkte was er einmal hat, denn daß hier ein Fall der Revocation ſey, läßt ſich nicht beweiſen [171]). Auch in dieſer Zwiſchenzeit kann der Schenker regelmäßig pönitiren [172]), und

168) Daß Paulus am Ende aus Julians Digeſten abſchreibt, kann dieß nicht ändern.

169) Mehrere ſind aufgerechnet in L. 3–6. D. h. t.

170) verb: etiamsi *prior* ex eadem valetudine decesserit.

171) L. 26. D. h. t. Die Stelle ſpricht von einer wechſelſeitigen Schenkung; aber das Princip iſt daſſelbe bey der einſeitigen Schenkung. So viel wirkt ſelbſt die ſuspenſive Tradition, denn unter Ehegatten iſt es nach dem Schluß der Stelle eben ſo.

172) L. 16. h. t. Vgl. die angeführten Stellen, verb: si tamen mutata voluntate restitui sibi voluerit.

die Condictio findet Statt [173]). Allein dieſe Reue kann beſonders ausgeſchloſſen werden [174]).

Iſt dagegen die Schenkung bloß auf den unbeſtimmten Tod geſtellt, ſo fällt der Revocationsfall weg, der durch die Rettung aus der Gefahr von ſelbſt eintrat. Aber es bleiben die zwey Fälle übrig:

1) da der Schenker den Beſchenkten überlebt (»si alteri supervixit), und

2) da der Schenker die Schenkung widerruft. Aber auch hier kann, ſo wie im vorigen Fall für die Zwiſchenzeit, bis ſich der Ausgang entſcheidet, der Widerruf ausgeſchloſſen werden. Im Grunde iſt es auch hier eine Zwiſchenzeit der Gefahr, für welche die Reue aufgehoben wird, nämlich zwiſchen der Schenkung und dem vielleicht dem Schenker früher als dem Beſchenkten drohenden Tode. Dann bleibt allein no. 1. übrig, welche Revocation niemals fehlen darf, wenn nicht die dann nur ſo genannte mortis causa donatio in eine perfecta et absoluta donatio übergehn ſoll. Daher hebt es zwar den Charakter nicht auf, wenn beliebt worden,

»ut non aliter reddatur, quam si prior ille, qui accepit, decesserit;«

iſt aber bedungen,

»ut nullo casu sit repetitio«

oder was daſſelbe ſagt,

»ut nullo casu revocetur«

d. h. »daß die Schenkung in keinem Fall zurückgehn ſolle« ſo kommt es noch darauf an, ob dieß ſo ausgelegt werden kann, daß es auf den Fall der einzelnen Todesgefahr ſich bezog,

»ne si convaluerit quidem donator,«

die drohende Gefahr war nur die Veranlaſſung, geſtellt iſt

173) Dieſe ſteht denn natürlich auch immer den Erben zu, wenn ſie den Widerruf beweiſen können. So iſt auch L. 11. §. 8 d. donatt. int. v. et ux. »invitis heredibus — obligabit se condictione« zu verſtehen.

174) verb. ut *omni modo* ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur im Gegenſatz der mutata voluntas.

die Schenkung auf den unbestimmten Tod, und Reue soll nicht seyn — dann wird so ausgelegt, daß der Fall sub 1 übrig gelassen worden ist, und es ist noch immer mortis causa donatio. Wo aber eine besonders drohende Gefahr auf keine Weise in Betracht kam, da ist auch diese Auslegung nicht zulässig, und so wird regelmäßig ungeachtet des falschen Namens dieß wie eine Donatio inter vivos angesehn. So vereinigen sich leicht unsre beiden Stellen mit L. 27 D. h. t. (s. oben S. 314.), wo vorausgesetzt wird, daß nach der Idee der Schenkung auch der unbestimmte Tod bloß Veranlassung, nicht Bedingung der Schenkung war. Dieß scheint auch der Ausdruck: ut nullo casu revocetur seu repetatur natürlich mit sich zu führen, wo an gar keine bestimmte Gefahr gedacht worden. Indeß kann es nach dem ganzen Zusammenhang nicht bezweifelt werden, daß wenn man erweisen konnte, es sollte durch diese Clausel bloß die Reue (ut nullo casu eum poeniteat) ausgeschlossen werden, der Charakter einer m. c. donatio Bestand hatte. Unser teutsches Wort: »widerrufen« würde in einer solchen Clausel gebraucht diese letzte Auslegung viel eher herbeyführen. Indeß ist das immer quaestio facti. Gewiß ist aber

1) die Reue kann immer ausgeschlossen werden,
2) der Fall, da der Schenker den Beschenkten überlebt, niemals.

§. 3.

Verhältniß der Schenkung Todes halber zur Schenkung unter Lebenden und zum Vermächtniß nach klassischem Recht.

1. Wie die Fideicommisse noch keine Rechtskraft hatten, gab es bekanntlich nur Vermächtnisse bey den Römern, die an strenge Formen selbst gebunden nur in einem sehr förmlichen Testament hinterlassen werden konnten. Seit der Lex Cincia waren auch bedeutende Schenkungen an eine Form,

freilich ganz andrer Art, und worin nur die gemeinen Uebertragungsarten gehäuft, und eine, die Promiſſio, ganz herausgeworfen war, gebunden. Zwiſchen dieſen ganz formlos, wie wir gezeigt haben — denn nichts wie eine gemeine Uebertragung war erforderlich, auch die Traditio war materiell, da ſie nichts wie gewöhnliche und natürliche Uebertragung des Eigenthums war — ſtand allein und, einen nicht häufigen Fall ausgenommen, unabhängig von der Lex Cincia die mortis causa donatio in der Mitte. Alle drey Geſchäfte waren in dem allgemeinen Genus donatio, liberalitas im weiteſten Sinne zuſammengefaßt. Die m. c. donatio hatte mit der eigentlichen Schenkung manche Charaktere gemein, andre waren ihr mit dem Legat gemein (»utriusque causa quaedam habebat insignia«). Mit der Schenkung war ihr gemeinſam, daß auch bey ihr eine augenblickliche Vermögensvermehrung geſchah. Bey den großen Schenkungen war dieß freilich nicht genug, es muſte aber doch auch geſchehen [175]). Wo aber eine Schenkung ſich der Lex Cincia entzog, weil ſie klein, oder weil persona excepta war, da ſtanden ſich die beiden Schenkungsarten, inter vivos und mortis causa in dieſem Punkt ganz gleich. Indeß war dieß doch nur die Regel der letzteren, der Erwerb des Eigenthums konnte dabey bis zum Tode aufgeſchoben werden. Gemeinſam blieb dann nur, daß die Veräußerung dann doch eher erfolgte, ehe die Sache Theil der hereditas wurde. Bey der Promiſſio wird immer die Einforderung bis zum Tode aufgehalten: dieß iſt allerdings auch im Einzelnen unterſcheidend, nämlich indem es ſich von ſelbſt verſteht. Da aber der Aufſchub des Eigenthumserwerbs bis zum Tode nur wegen beſondrer, ausdrücklicher oder ſtillſchweigender, Uebereinkunft Statt hat; ſo kann hierin weder der allgemein noch der regelmäßig unterſcheidende Charakter liegen.

175) L. 9. §. 3. D. de donat. Donari non potest, nisi quod eius fit, cui donatur.

2. Regelmäßig unterſcheiden ſich aber die beiden Schenkungen dadurch, daß die Vermögensvermehrung und die ihr correſpondirende Vermögensverminderung vom Schenker noch bis zu ſeinem Tode widerrufen werden kann, wie nun auch immer dieſe mag bewirkt worden ſeyn, durch Promissio, Donatio rei oder wie ſonſt. Iſt die Schenkung auf einen beſtimmten Tod geſtellt, ſo kommt noch hinzu, daß Rettung aus der Gefahr tacite widerruft: dieſer Widerruf iſt ſchon gleich Anfangs in die Schenkung hineingelegt. Hier iſt nun ſchon aus dem Grunde keine wahre Schenkung, weil keine Liberalität im engern Sinne vorhanden iſt: es wird kein Opfer gebracht, ſondern man kann hier ſagen, der Schenker gönnt ſich die Sache lieber als dem Beſchenkten, und nur dieſem lieber als ſeinem Erben. Dieß tritt nun regelmäßig in dem Grade ein, daß wenn die Schenkung rückgängig wird, ſogar die Früchte und ſonſtigen Acceſſionen der Zwiſchenzeit herausgegeben werden müſſen [176]), es ſey denn — ein Zuſatz, der ſich von ſelbſt verſteht, — daß die Umſtände ergeben, der Schen-

176) L. 13. D. de condict. causa data. Paulus lib. 6 ad L. Jul. et Pap. Cum quis mortis causa donationem, cum convaluisset donator, condicit, fructus quoque donatarum rerum, et partus et quod adcrevit rei donatae, repetere potest. Die Geneſung ſteht hier wie ſo oft, repräſentativ für das Ueberſtehen irgend einer Gefahr; allein es muß auch dieß als normal für jede Revocation betrachtet werden, ſie mag nun von ſelbſt oder durch Reue eintreten. Es iſt dieß auch gemeine Regel bey Reſolutiv-Bedingungen. Vergl. L. 2 §. 4. pro emt. und L. 2 §. 1 mit L. 16. L. 6 pr. D. de in diem add. L. 5. D. de Lege commissoria L. 8 pr. D. de periculo r. v. Bey dem pactum displicentiae kann es nicht anders ſeyn. Vergl. §. 5. L. 2. pro emt. cit. Allerdings iſt die Nothwendigkeit dieſer Regel bey den in dieſen Stellen vorkommenden Reſolutivbedingungen mehr in die Augen fallend, und bey der Erwartung ſchnellen Todes und ſchneller Rettung, wie in einer ſchweren Krankheit, läßt ſich am leichteſten auch erwarten, daß im letztern Fall alles zurückgehen ſolle. Doch kann ſchon wenn die beſtimmte Gefahr ſich etwas länger hinausſchiebt, es ſehr wahrſcheinlich ſeyn, daß die Früchte, künſtliche oder natürliche, durchaus geſchenkt werden ſollten. Immer iſt hier durch die nähere Beſtimmung der Regel, die ich im Text hinzugefügt habe, aller möglichen Unbilligkeit abgeholfen. Es kann keinen Zweifel leiden, daß für den inzwiſchen geſtatteten eignen Gebrauch niemals Miethe gefodert werden kann.

ker habe die Frucht der Zwiſchenzeit, wie kurz oder lang dieſe nun auch dauern mogte, auf jeden Fall, alſo inter vivos ſchenken wollen. Auch darin zeigt ſich noch beſonders die volle Widerruflichkeit, daß wenn dieſe aus irgend einem Grunde eintritt, und der Beſchenkte hatte die ihm tradirte res aliena inzwiſchen uſucapirt, er dieſe Uſucapion nicht unabhängig von ſeinem Autor, dem Schenker benutzen kann, obgleich ſonſt keine Successio in rem bey Uſucapion angenommen wird, ſondern dieſer nun oder ſeine Erben, wenn er vorher widerrief, die Sache von ihm condiciren[177], auch wohl, wo es Noth thut, eine utilis vindicatio anſtellen kann[178].

3. Allein, wie ſich gezeigt hat, ſowohl die Revocation wegen Rettung als aus Reue kann beſonders ausgeſchloſſen werden, und es bleibt doch eine m. c. donatio. Schließt man nur die ſtillſchweigende Revocation durch Rettung — denn weshalb ſollte man dieß nicht alles nun beſonders verabreden können? — gar nicht die Reue, oder doch nur die der Zwiſchenzeit bis zur Entſcheidung über die Gefahr aus, oder umgekehrt läßt man jenen ſtillſchweigenden Widerruf allein ſtehen, ſo wird meiſtens noch kein Opfer gebracht, denn gemeiniglich kann man während der Dauer der Gefahr die Sache doch nicht brauchen, und die Möglichkeit, durch Reue alles rückgängig zu machen, hindert alle entſcheidende Liberalität. Wird aber jener ſtillſchweigende und auch jeder ausdrückliche Widerruf ausgeſchloſſen, ſo iſt eine Liberalität im ſtrengſten Sinne vorhanden, obgleich hier noch immer bleibt und bleiben muß, daß der frühere Tod des Beſchenkten alles umſtößt, und man muß nun ſagen:

> der Schenker gönnt dem Beſchenkten lieber die Sache als ſich ſelbſt, und nur ſich ſelbſt lieber als dem Erben des Beſchenkten.

177) L. 33 D. h. t. L. 13. pr. eod. Auch hier ſteht das »si convaluero« repräſentativ für jeden Rückgang.
178) Arg. L. 30 D. h. t. Vergl. oben.

Da nun dieß, wie erwieſen worden, doch noch immer keine Schenkung unter Lebenden iſt, ſo iſt der

allgemeine unterſcheidende Charakter der Schenkung Todes halber von der Schenkung unter Lebenden, allein der, daß ihr Beſtand, und die Dauer der durch ſie bewirkten oder vorbereiteten Vermögensvermehrung, von dem Früher-ſterben des Schenkers ſchlechterdings abhängt[179]).

Zugleich finden wir hier nun wieder im Römiſchen Recht, was ich in der allgemeinen Einleitung unter a (S. 306), als den erſten Berührungspunkt auszeichnete: es iſt hier aber die Grenze ſcharf gezogen[180]).

179) Wollte man die Donatio bey ausgeſchloſſener Reue noch auf den Erben des Beſchenkten erſtrecken, ſo daß ſie nun nur noch davon abhinge, daß dieſer Erbe ebenfalls den Schenker überlebe, ſo ließe ſich das nur als eine doppelte Schenkung denken, wovon die erſte eine donatio inter vivos, die zweite eine mortis causa d. wäre. Ließe man die Reue ſtehn, ſo wären es zwey auf einander folgende Schenkungen Todes halber an zwey unterſchiedliche Perſonen. Allein hier iſt immer im Wege, daß ſich kein praesens praesenti dat beym Erben als Erben in keinem Sinn denken läßt. Und ſo kennt das röm. Recht dieß nicht, obgleich in L. 42. pr. D. h. t. etwas Aehnliches vorkommt. S. unten no. 14.

180) Was iſt denn im Zweifel anzunehmen, mortis causa, oder inter vivos donatio? Haubold ſchrieb eigentlich ſeine ganze ziemlich lange Abhandlung über die Conjecturen, die man für die letztere aufgeſtellt hatte, ſelbſt wenn bey der Schenkung des Todes erwähnt worden. Ich kann dieß hier nur berühren, da dieſer Punkt dem Zweck meiner Abhandlung fremd iſt, die keinesweges alle Punkte erſchöpfen wollte, die jemals bey der Schenkung Todes halber vorkommen können, ſondern nur das Charakteriſtiſche in allen ſeinen Beziehungen entwickeln ſollte. Haubold legt, wie ſchon erwähnt worden, viel zu viel Gewicht auf das Wörtchen mortis causa. Die Erwähnung des Todes kann allerdings erheblich ſeyn, aber nur im Zuſammenhang, und wo es ſich nicht klar zeigen läßt, daß dießmal nur bloß das Motiv der Schenkung dadurch angedeutet werden ſollte. Aber freilich die meiſten Conjecturen oder Präſumtionen, die man ſich ſo abſtrahirt hatte, hat er gründlich und ſiegreich widerlegt, ein Verdienſt, was ich dem Verewigten gewiß nicht ſchmälern will, es wohl erkennend, daß die Barbarey leicht wieder hereinbricht. Doch iſt es faſt zu bedauern, ſo viel ſchöne Gelehrſamkeit an einen ſo widerwärtigen Gegenſtand verſchwenden zu ſehn, u. dabey blieb die Leiter doch zu kurz, um auf den rechten Standpunkte zu kommen. — Zudem iſt das ſo ſehr Gegenſtand faktiſcher Beurtheilung, daß ſich wenig allgemeines darüber ſagen läßt.

4. Was nun aber das Verhältniß zum Vermächtniß betrifft, so war in jener ersten Zeit, wo es nur Legate gab, die Scheidung durch die Form dieser schon groß genug, um jede Verwechslung und jedes Ineinanderranken zu verhüten. Wie hätte wohl durch eine Stipulation, eine Tradition, eine Acceptilation ein Legat constituirt werden können? Kein Legat ohne Testament; dagegen hatte die m. c. donatio nichts mit dem Testament zu schaffen [181]). Seitdem aber Codicille und formlose Fideicommisse — bekanntlich schon unter den ersten Kaisern — einer Jurisdictio zugewiesen wurden, war das Erbrecht in Gefahr der Auflösung (in mancher neuern Gesetzgebung ist diese wirklich eingetreten), und die Juristen mogten zu thun haben, die Sache in Ordnung zu halten. Legate wurden noch immer nur im Testament oder in solchen Codicillen, die durch Bestätigung darin ihm einverleibt waren, zugelassen, aber Fideicommisse waren im Testament und allenthalben möglich. Obgleich nicht Legat auf Legat konnte man doch Fideicommiß auf Legat, wie auf Fideicommiß und wie unmittelbar dem Erben auflegen. Vom Testament waren sie nicht durchaus abhängig, wenn sie auch schon darin hinterlassen werden konnten. Die Formlosigkeit ging so weit, daß man nicht einmal nöthig hatte, die Rede an den zu richten, dem das Fideicommiß aufgelegt wurde, sondern auch an den sie richten durfte, welchem es zu Theil werden sollte, ja an einen Dritten, nämlich an einen Debitor in einem simpeln Schreiben, im letztern Fall ward es so interpretirt, als wenn dem Debitor die Befreiung fideicommittirt, und auf dieses Fideicommiß wieder die Zahlung gelegt war [182]). Da nun die

181) L. 25. D. h. t. Tam is qui testamentum facit, quam qui non facit, mortis causa donare potest.

182) L. 77. D. de legat. I. L. 37. §. 3. de legat. III. — L. 75. L. 77. §. 26. de legat. II. — Etiam nutu relinquere fidei commissum in usu est. Ulp. XV. 3. vgl. §. 9. — Hinsichtlich des Stoffs und sonstiger Requisite suchte man freilich immer mehr die Fideicommisse an die Legate anzulehnen. Ulp. XV. 4. 5. 6. vergl. §. 7. u. Vat. 259. L. 6.

Form hier keine Haltung gab, ſo konnte es nur durch eine vorzügliche Kunſt der Juriſten gelingen, dieſe und die mortis causa donationes aus einander zu halten, ja die Verwechslung ſcheint faſt unvermeidlich, wie man annahm, daß ſogar ein Fideicommiß auf eine m. c. donatio gelegt werden konnte, wie noch weiter unten bemerkt werden wird. Dennoch finden wir zwar öfters eine Vergleichung zwiſchen legatum und m. c. donatio, aber faſt niemals, oder doch nur beyläufig eine Vergleichung mit Fideicommiß [183]) bey den Klaſſikern, wo doch die Formen der Legate ihren rechtlichen Wirkungen nach, und gewiß im Sinne der noch an Wortformeln gewöhnten Teſtatoren, ziemlich ſtrenge auseinander gehalten wurden, obgleich das Senatusconſult des Nero im Nothfall, gewiß eben ſo ſehr im Sinne der Teſtatoren, Milderung eintreten ließ, wo nach außen aber, alſo auch von der m. c. donatio, die Legaten-Form gewiß aufs ſtrengſte unterſchied. Das Formloſe wird hier alſo dem Förmlichen, nicht das Formloſe dem Formloſen an die Seite geſtellt? So viel ich erinnere, iſt dieß noch keinem Schriftſteller über m. c. d. aufgefallen; doch will ich das nicht gewiß ſagen. Wir wollen weiter unten verſuchen, davon eine Erklärung zu geben, und ich darf wohl verſprechen, daß dieſe dazu helfen ſoll, die ganze Sache aufzuklären.

5. Denken wir uns die Schranken der Form hinweg, und ſehen wir lediglich auf den materiellen Charakter; ſo war es nun doch allerdings möglich, einen reinen Unterſchied zwiſchen legatum und m. c. donatio ſo gut als zwiſchen dieſer und der i. v. donatio feſtzuſtellen, wenn man ſich nur genau dachte, was dieſe und was jenes war. Sehen wir

§. 3. L. 8. §. 2. D. de iure codicill. L. 2. de legat. I. Gaius II. 285. 274. 286. 287. Ulp. XXV. 13.

183) Von der donatio inter virum et uxorem wird freilich einmal in einer Conſtitution von Dioclecian L. 12. C. ad L. Falcid geſagt, daß ſie zuweilen partes Fideicommissi fungirte, und dieß erſtreckt ſich bekanntlich weiter als die m. c. d. unter ihnen.

uns aber erſt einmal die Aehnlichkeiten an, die hier Statt finden. Die Hauptſache iſt hier die Widerruflichkeit beider: bey beiden iſt ambulatoria voluntas bis zum Tode; folglich beruhen beide auf voluntas suprema. Dieß iſt aber nur eine regelmäßige Aehnlichkeit, denn während das Legat bekanntlich immer widerrufen werden kann, wenn dieß auch mit voller Wirkung bey dem förmlichen nur in rechter Form geſchehn konnte, iſt bey der m. c. donatio nach dem Obigen ausdrückliche Ausſchlieſſung alles Widerrufs möglich, und nur wenn dieſe nicht geſchehen iſt, kann denn auch ohne alle Form widerrufen werden, entſchiedne poenitentia iſt dann hinreichend. Eben ſo unförmlich mit voller Wirkung konnte das Fideicommiß widerrufen werden, nur war bey dieſem ſo wenig als bey dem Legat eine Ausſchließung des Widerrufs möglich. War Reue bey der m. c. d. gelaſſen, der Uebergang des Eigenthums aber bis zum Tode aufgeſchoben, ſo rückte ſich das näher, und in einer ungebundenen Reflection, wie ſie in der Einleitung zu dieſer Abhandlung gemacht worden, kann es das Anſehn gewinnen, daß dieß, was wir dort (S. 306.) als Berührungspunct sub b herausgeſtellt haben, ein beweglicher Punkt wird, der ſich hin und herſchieben läßt, ſo daß es am Ende ein Verwechſelungspunkt werden müſte: und irre ich nicht, ſo hat dieß hier Manche getäuſcht. Allein treten wir nur ins römiſche Recht ein, ſo iſt alles gleich wieder geſondert, und die Annäherung iſt bloß faktiſch, nicht juriſtiſch, und die eigentliche juriſtiſche Aehnlichkeit beruht lediglich auf dem Charakter ultima voluntas, der ihnen regelmäßig beiden zukömmt. Man nehme die Reue hinweg, laſſe aber die Wirkung der Tradition bis zum Tode aufgeſchoben werden, nämlich zu dem Ende, damit das Eigenthum bey dem frühern Tode des Beſchenkten auch keinen Augenblick aus der Perſon des Schenkers gewichen ſey, und der Fall wird nicht ähnlicher ſeyn dem Legat, als wenn ſtatt des Suspenſiv-Effects das Gewöhnliche der Reſolutiv-Effect

gewählt wäre; und viel verſchiedner und abſtehender vom Legat, als wenn ohne den Aufſchub die Reue alſo die ultima voluntas gelaſſen worden. Daß dieß wahr ſey, iſt leicht zu zeigen.

6. Legat ſo gut wie Fideicommiß werden beide erſt durch Hereditas, d. h. durch die Univerſal-Succeſſion zur erſten Hand vermittelt. Dieß iſt nicht bloß der Fall, wenn der Begabte die Gabe erſt aus der Hand des Erben (par delivrance) empfangen muß, wie das Damnationslegat und das Fideicommiß (dieſes mittelbar oder unmittelbar) allemal, ſondern auch wenn, wie beym Vindicationslegat, das Eigenthum nach dem Tode unmittelbar auf den Legatar übergeht, denn auch dieß kann nicht eher geſchehn, bis die Erbſchaft angetreten iſt [184]). So ſteht hier immer zwiſchen dem Schenker (s. lat.) und dem Beſchenkten der Heres oder Bonorum Possessor, kurz der Successor (Univ.-Succeſſor) in der Mitte; ſtatt daß bey der m. c. donatio der Schenker dem Beſchenkten unmittelbar die Hand reicht: praesens praesenti dat. Daß beym suus heres der Moment des Todes dicht an den Moment der »do lego«-legirten Sache hinanrückt, ändert nichts, denn es iſt nun doch klar, daß der Erwerb der Hereditas als vorhergehend und vermittelnd gedacht werden muß. Man darf nicht einmal darauf aufmerkſam machen, daß ſchon nach klaſſiſchem Recht das Beneficium abstinendi alles rückgängig machen kann, ipso jure-Erwerb

184) Gaius II. 194 und die dort in der Berliner Ausgabe citirten Stellen. Vergl. auch L. 1 §. 11 D. quod legator. Es iſt dieß ähnlich aber nicht ganz ſo wie beym Libertus orcinus. Manumissio, Tutoris datio, Heredis institutio waren neben einander die drey Dinge, welche im Teſtament geſchehn konnten, nothwendig war nur die letztere. Auf dieſe konnten denn Legate gelegt, und ſo eine Zerſtückelung der als Univerſitas übergegangenen Erbſchaft (»delibatio hereditatis«) bewirkt werden. Freilaſſung par delivrance konnte durch Legat, deſſen Formeln ſchon dazu nicht paßten, nicht bewirkt werden, wohl aber, wie bekannt, durch Fideicommiß. Aber alles dieß war doch wieder abhängig von der Aditio hereditatis, da die heredis institutio das Weſen des Teſtaments ausmachte, und dieſes Weſen ohne Aditio gar nicht zur Wirkung kam, alſo ganz nichtig war.

mit Legaten und Fideicommiſſen zuſammen. So iſt auch ſelbſt dieſe Berührung mit einer m. c. donatio, deren Wirkung bis zum Tode aufgeſchoben wurde, nur eine faktiſche, keine juriſtiſche. Die ſo geſchenkte Sache kann ſich noch im Nachlaß befinden, wenn ſie gleich vorher tradirt oder mancipirt war, aber in die Erbſchaft kommt ſie keinen Augenblick. Die bloß mortis causa promittirte Sache gehört freilich zu dieſer; aber die Forderung darauf war ſchon vor dem Tode aus dem Vermögen herausgenommen, und die Verbindlichkeit ſie aus der Erbſchaft zu präſtiren iſt nicht wie ein Vermächtniß dem Erben aufgelegt, und von ihm durch die Aditio tacite (nach dem Geſetz) übernommen; ſondern ſie kommt an ihn wie eine Erbſchaftsſchuld.

Folglich iſt hier kein juriſtiſches Zuſammentreffen keiner Art jemals zu denken.

7. Dieſe Unabhängigkeit der Schenkung T. h. von der Erbantretung wird man faſt in allen Compendien bemerkt finden, aber hier ſo gut als anderwärts, nur wie verloren unter andern ſporadiſch angeführten, einzeln reſtirenden Verſchiedenheiten von dem Legat, dem ſie in der Hauptſache gleich ſtehn ſoll, und ſo wird dabey verkannt, daß es das eigentliche Lebensprincip dieſes juriſtiſchen Weſens iſt. Es iſt der einzige allgemein charakteriſtiſche Unterſchied derſelben von jeglichem Vermächtniß. Dabey darf aber doch nicht überſehn werden, daß ſie außer dem unbeſtimmteſten Begrif einer Schenkung (»freie Gabe«) auch noch den Punkt mit jedem Fideicommiß und jedem Legat, auch mit der Erbeinſetzung (jetzt auch mit jeglichem Erbvertrage) gemein hat,

»daß der vor dem Ableben des Gebers erfolgende Tod des Begabten alles zerſtöhrt.«

So iſt hier alſo, wenn auch nicht immer eine ultima voluntas, doch immer in einem gewiſſen Sinne eine ultima liberalitas, indem der Beſchenkte, nachdem er die Sache ſelbſt aus der warmen Hand des Schenkers bekommen hat, doch nur die

volle Dauer und Bestätigung des Geschenks, daß es nun auch sein und seiner Kinder Erbe geworden, der schon erkalteten Hand desselben zu verdanken hat.

8. Nach diesen Prämissen halte ich es für rein unmöglich, daß irgend ein römischer Jurist, dessen Name auf uns gekommen ist, sollte haben glauben können, daß Legat und m. c. donatio eins seien, oder daß sie im Wesentlichen einander gleich ständen, oder daß die m. c. donatio nur eine Art des Legats sey, oder wie die Redensarten weiter heißen, wodurch diese beiden selbständigen Rechtsinstitute im Grunde identificirt werden sollen. Eben so wenig aber kann ich glauben, daß Einer sie der inter vivos donatio jemals, auch nur einen Fall derselben, sollte gleich gestellt haben [185]), denn hier sowohl als dort sind die Grenzen mit sichrer Hand abgesteckt. Wo man nur liest, wird man dieses immer finden: das angegebene Criterion ist hier wie dort nirgends verwischt.

Nur ein Fragment der Pandekten, von Paulus, dessen wir oben (S. 328.) schon einmal beyläufig erwähnten, scheint sich dagegen aufzulehnen, es ist L. 2. D. de Publ. act. Dieses wird z. B. von Westenberg [186]) dafür angeführt, daß die m. c. donatio ohne Tradition das Eigenthum übertrage. Da dieß für das geltende röm. Recht gesagt ist, so kann keine andere Vermittlung durch Mancipation oder auch

185) Wenn es in L. 67. §. 1. D. de V. S. (Ulp. l. 76 ad Edict.) heißt: donationis verbum simpliciter loquendo omnem donationem comprehendisse videtur, sive mortis causa, sive non mortis causa fuerit, so zeigt dieß nur, daß es eine Verbindung geben konnte, wo das Wort donatio beide Arten begrif, und allerdings haben auch beide einen Geschlechts-Begrif, was das Legat allein weder mit der inter vivos d., noch mit der mortis c. d. hat, obgleich alle drei in einem viel mehr ausgeweiteten Sinne donationes d. i. freie Gaben sind. Es ist auch möglich, daß in dem Geschäft selbst das Wort donatio ohne Beysatz gebraucht wurde, und der Zusammenhang oder die Umstände entscheiden müssen, was gemeint sey. Mehr zeigt L. 67 nicht an. Daß augenblicklich etwas gegeben wird, sey es auch daß die Uebertragung ins Eigenthum einmal bis zum Tode aufgeschoben wird, das ist es was beide Schenkungsarten unter einen Begrif stellt, nur als sehr verschiedne Species derselben Gattung.

186) Princip. iur. h. t. §. 10.

ſonſt, gemeint ſeyn, ſondern die letztwillige Verfügung, die m. c. donatio iſt, ſoll dieß unmittelbar bewirken, und ſo ſoll dieß ein Hauptpunkt ſeyn, worin ſich dieſe und das Juſtinianiſche Legat gleich ſtehn. Allerdings wenn dieß, auch ſchon für das klaſſiſche Recht, wahr wäre, ſo mögte man auch nur für dieſes die m. c. donatio zu Grabe tragen, und die klaſſiſche Zeit hätte nur nebenbey ein Legat beſeſſen, was einige unbegreifliche Sonderbarkeiten gehabt hätte, formlos geweſen wäre wie ein Fideicommiß, und dann m. c. donatio genannt worden wäre. Indeß die L. 2. hat allerdings viel Schein, ſo wie überhaupt dieſe und die damit verbundene L. 1. eod. die größeſten Schwierigkeiten darbieten, deren Löſung ich gerne Klügeren überlaſſen mögte, wenn ſie ſich mir nicht grade hier in den Weg legten. Daß wenn der Beſitz der mortis causa geſchenkten fremden Sache verloren gegangen, die actio Publicana, wie es dort heißt, angeſtellt werden könne, hat noch nichts Auffallendes, denn daß eine ſolche Sache uſucapirt werden konnte, haben wir geſehn. Nur ſchon der angegebene Grund: »quia ad exemplum legatorum capiuntur,« hat etwas Räthſelhaftes. Aber die L. 2. iſt zwiſchen L. 1. und L. 3. mitten in einen Zuſammenhang, als die Rede Ulpians ergänzend und mit einem Beyſpiel vermehrend hineingeſchoben. Nun wirft aber Ulpian L. 1. die Frage auf, wie es komme, daß der Prätor bloß *traditio* und usucapio genannt habe als Requiſit der Klage, da es doch auch Fälle gebe, wo ohne Tradition jemand das Eigenthum erlangt hätte, wenn es nur keine fremde Sache geweſen wäre. Dieſen Sinn können wir nicht dadurch umlenken, daß wir das Fragzeichen hinter mentionem ſetzen, was ich allerdings vorziehe, und nun ſagen, Ulpian ſpreche gar nicht von Fällen außer der Tradition, ſondern Frage und Antwort ſey nur auf die nicht angegebene causa possessionis gerichtet geweſen. Deren gebe es ſo viele, daß ſie unmöglich hätten aufgerechnet werden können. Denn dann hätte die Frage vielmehr auf das in

der Interpretation L. 3. §. 1. folgende unbeſtimmte ex iusta causa gerichtet werden müſſen. Alſo nach veränderter Interpunction bleibt der Sinn im Weſentlichen unverändert, und es ſind wirklich Fälle gemeint, wo keine Tradition nöthig war [187]), ut puta legatum (»do lego« oder »per vindicationem« iſt geſtrichen) [188]) — sunt et aliae pleraeque, und nun iſt die m. c. donatio als neues Beyſpiel dazwiſchen geſchoben. Aber dieß nun angenommen, wie kommt denn das »omissa possessione« hinein? Nichts iſt natürlicher, als dabey an die vorhergegangene Tradition zu denken, bey der m. c. donatio, wo unzählige Stellen dieſe immer vorausſetzen, vollends hier in Beziehung auf Wiederherſtellung der conditio usucapiendi unvermeidlich. Oder ſoll hier etwa ſupplirt werden, daß ſich der Beſchenkte, ſo wie der Vindications-

187) So nimmt es auch Cujaz (in Libr. 19 Pauli ad Interd. ad h. l.) und ſagt bey der Gelegenheit, was die m. c. donatio betreffe, ſey das eine ganz einzige Beſtimmung: »et est profecto in hanc rem lex 2. *valde singularis*, obwohl im übrigen bekannt ſey, daß in den meiſten Stücken die m. c. donatio dem Legat accommodirt worden. Die ganze Darſtellung iſt nicht mit denen zu vergleichen, die man ſo oft bey Papinian's responsis findet. Ein rechter Kopf begeiſtert den andern.

188) Bey dem Vindications-Legat, könnte man denken, war das gar nicht möglich, denn war der Teſtator nicht quiritariſcher Eigenthümer geweſen, ſo konnte es als Vindications-Legat auf jeden Fall nicht gelten. Aber faſt niemals wird derjenige, der die Publiciana anſtellt, ſagen, mein Autor war nicht Eigenthümer, ſondern er wird ſagen, laſſen wir das für jetzt dahin geſtellt ſeyn, ich weiß es nicht anders, und du haſt auf jeden Fall einen ſchlechteren Beſitz, und ſo reicht die Publiciana actio gegen dich hin. Damit iſt aber immer noch nicht die bekannte Cautel der Praktiker, wenn man ſeinem Eigenthumsbeweis nicht traue, ſo ſolle man die Publiciana anſtellen, für alle Fälle gerechtfertigt, denn das kann auch einmal übel ausfallen, wenn der beſſere Beſitz ſich nicht anders darthun läßt, als eben dadurch, daß man ſich auf ſein Eigenthum beruft, z. B. ſie hatten die Sache von verſchiednen Autoren, der Autor des Klägers war aber inzwiſchen Eigenthümer geworden, oder der Kläger kann dann am Ende noch eine Erſitzung darthun. Das iſt nun ausgeſchloſſen, da er die Publiciana angeſtellt hat (L. 1. §. 1. de Publ. act.). Freilich wenn man Cumulation dieſer beiden Klagen in einem Proceß zuläßt, ſo kann man dieß alles unter einander miſchen. Irre ich nicht, ſo berechtigt dazu die bekannte Neuerung des Canon. Rechts keineswegs.

Legatar der Sache auf eigne Hand bemächtigt hatte, vor oder nach der Erbantretung, aber so lange noch nicht der Erbe den Besitz ergriffen hatte? Aber das konnte ja auch der Damnationslegatar, und es fehlte ihm eben so wenig iusta causa, so weit hier überhaupt bey eigner Bemächtigung (vgl. L. 1. §. 2. D. quod legat. mit Gaius II. 52. ꝛc.) sich eine solche denken läßt, und so ist das vorhergehende »quibus dominium adipisceretur« aus der Verbindung rein heraus gerissen. Soll hier das Vindications-Legat etwas Eignes gehabt haben, so muß es grade darin bestanden haben, daß die Publiciana ohne alle Erlangung des Besitzes angestellt werden konnte [189]), und das wäre denn auf das neue Justinianische Legat was immer eine Vindication hat, in der Compilation übertragen worden. — Hiernach kann es keinen Zweifel leiden, wie man es auch nehmen mag, daß durch eine ungeschickte Einschaltung der Zusammenhang corrumpirt worden ist. Vielleicht verlockte dazu die Aeußerung des Paulus: »quia ad exemplum legatorum capiantur«, wenn die Worte nicht etwa selbst Emblem sind, was an sich nicht unwahrscheinlich ist, da man hier einmal mit Wegstreichen und Ergänzen im Zuge war. Aber angenommen, sie standen im Original, so läßt sich doch nicht mehr sicher erkennen, was sie dort im Zusammenhang sagen sollten; man weiß nicht einmal, ob nicht in den vorgehenden Worten etwas gestrichen ist. Lassen wir diese stehen, so läßt sich vermuthen, Paulus wollte bloß auf die Aehnlichkeit aufmerksam machen, daß wenn die m. c. donatio d. h. die Tradition suspensiv geschehen war, die Conditio usucapiendi und also auch die Publiciana nicht eher eintreten könne, als nach dem Tode. Paulus konnte dabey nicht verkennen, daß der Unterschied blieb,

189) Da war denn ja aber keine Conditio usucapiendi? Das war auch beym ager vectigalis oder provincialis nicht (L. 12. §. 2. d. publ. act.). Und will man da so freigebig seyn mit Fictionen, daß man einen ager non vectigalis et italicus fingirt, so kann man auch hier den verlornen Besitz fingiren.

daß bey der m. c. donatio doch eine Tradition geſchehen ſeyn muſte. Ihm muſte auch bewußt ſeyn, daß bey der m. c. donatio gar nicht pro legato, ſondern pro donato uſucapirt wird [190]). Auf die Wurzel des Unterſchiedes weiſt noch beſonders L. 1 §. 5 D. quod legator. hin, wo für die m. c. donationes dieſes Interdict dem Erben verweigert wird. Das Erforderniß, daß er legatorum nomine beſitze, konnte hier nicht Statt finden, da die Sache ihm von einem Lebenden (»a praesente praesenti«) gegeben war [191]), wenn auch einmal gegen die Regel ſuspenſiv bedingt; und wegen der Falcidia ihm ein utile Interdictum zu geben, war nicht nöthig, weil ihm für dieſen Fall ſchon nach dem Recht eine Actio in factum concepta zuſtand, wie noch weiter unter vorkommen wird, »et si corporaliter res in solidum translatae sint« d. h. wenn ihm auch die Sachen nicht zu 3/4 oder ſonſt einem ideellen Theil, ſondern gleich ganz trabirt worden ſind, dem Erben iſt hier immer ipso iure ſein Viertel geſichert; wogegen dem Erben gegen den Legatar auf ſeiner Seite gar keine Actio gegeben war: die Obligatio ex testamento war nur einſeitig, und die hereditatis petitio kann er gegen den singulari titulo beſitzenden nicht anſtellen.

Das Reſultat iſt alſo, daß dieſe corrupte und auf alle Weiſe verdächtige Stelle nichts gegen ein Syſtem beweiſen kann, was ſo offenbar allem Uebrigen, was über m. c. donatio vorkommt, zum Grunde liegt: daß ſie nichts beweiſen kann für das genuine, und nichts für das recipirte Pandektenrecht.

9. Meine Meinung iſt alſo, um es kurz zu widerholen, daß die römiſchen Juriſten niemals die Selbſtändigkeit der m. c. donatio verkannt, und ſie niemals auf Koſten

190) S. nur L. 25 D. de donat. int. v. et u. (die haloandriſche Lesart ohne non iſt ſichtlich falſch). Vergl. L. 2. 3. D. pro donato.

191) Gar gut ſtimmt hierzu auch die Ueberſetzung: ἡ θανάτου εἰτα δωρεὰ παραχρημα δίδοται in den Baſiliken Fabr. VI. S. 242.

dieſer weder der Schenkung unter Lebenden, noch dem Legat gleichgeſtellt haben. Nun erzählt aber doch Juſtinian in L. ult. C. h. t. von einer Controverſe die in dieſem Betracht Statt gefunden habe; ſoll denn dieſes Zeugniß gar nichts bedeuten? So denke ich nicht; aber man muß nur daſſelbe in dem rechten Sinne verſtehen. Laſſen wir es gelten, über eine Vergleichung mit den Schenkungen oder den Legaten diſputirte man; fragen wir nur, wie konnte das kommen? Im Begrif waren ſie von beiden durchaus verſchieden; wenn ſie auch mit dieſen dieß, mit jenen ein Andres gemein hatten. Sollte alſo die Vergleichung keine Verwechslung ſeyn, ſo muſten es bedeutende, über das Weſen hinausliegende Wirkungen ſeyn, in denen hierüber Zweifel entſtehen konnte. Solche finden ſich nun gerade im römiſchen Recht: die erheblicheren Aehnlichkeiten, welche unbeſchadet des hauptſächlichen Unterſchiedes, bald mit der Schenkung, bald mit dem Legat Statt fanden, konnten hier das Gewicht herleihn, die Wage bald hiehin, bald dahin zu neigen. Und hierbey muß es Streit gegeben haben, der aber in der Compilation gänzlich verwiſcht iſt, da man 1) alle nothwendigen Folgerungen aus dem Weſen, ſo weit ſie da zur Sprache gebracht worden, hat ſtehen laſſen; aber 2) in den zweifelhaften Punkten immer nur ſolche Fragmente aufgenommen hat, die ſich für die Vergleichung mit dem Legat entſchieden.

10. Um hier eine Ueberſicht zu gewinnen, die nicht allein dem Gedächtniß diene, giebt es hier zwey Klaſſen ſolcher Vergleichungen.

I. wo es nothwendig immer wieder zur Sprache kommen muß, die Farbe des poſitiven Rechts mag ſeyn wie ſie will. Dahin gehören ſtreng genommen ſehr wenige Fälle.

1) Der wichtigſte iſt, ob im Fall der Inſolvenz des Schenkers ſeine Gläubiger die von ihm vorgenommenen m. c. donationes zurückziehn können, um ſich bezahlt zu machen,

wenn er auch nicht die Abſicht gehabt hatte — er war noch nicht inſolvent, oder er kannte doch ſeine Inſolvenz nicht — dadurch ſeinen Gläubigern etwas zu entziehn. Bey Schenkungen u. L. ward dieß (nicht die Wiſſenſchaft des Empfängers, wie bey oneroſen Veräußerungen) erfordert; bey Legaten nicht. Schon Julianus in L. 17 D. h. t. reſpondirt hier für die Vergleichung mit dem Legat, drückt ſich aber nicht ſehr deciſiv darüber aus:

»possunt videri etiam donationes mortis causa facta rescindi debere, quia legatorum instar obtinent.«

Wie iſt nun die Vergleichung hier zu verſtehn? Wenn die Inſolvenz des Schenkers noch bey ſeinen Lebzeiten zum Vorſchein kam, ſo lag die Fraus regelmäßig ſchon darin, daß er nicht widerrief. Ob dann die Sache erſt zum Streit kommt nach ſeinem Tode, iſt ganz gleichgültig. Ganz gleichgültig war dann auch, ob das Eigenthum gleich übertragen worden, oder erſt für den Todesfall, denn in beiden Fällen konnte ja widerrufen werden.

Kam die Inſolvenz erſt beym Tode des Schenkers zum Vorſchein, er hatte ſie auch bey ſeinen Lebzeiten nicht gekannt, ſo iſt keine Fraus denkbar; aber es iſt doch ein Letzter Wille, der die Gabe gewährte, und ſo war es natürlicher, das Recht der Legate hier eintreten zu laſſen. Zweifel konnte vorzüglich der Fall erregen, da alle Reue ausgeſchloſſen wurde. Vielleicht war es nur dieß, worüber man uneinig war. Diejenigen, welche Julian's Meinung hatten, ſagten aber, es iſt hier doch eine letzte Freigebigkeit, denn ob es dabey bleibt, entſcheidet ſich doch erſt durch den frühern Tod des Schenkers; es iſt allemal »donatio imperfecta« (L. 32. h. t.) bis zum Tode, »donatio quae morte confirmatur«; das kann nicht beſtehen bleiben, wo Inſolvenz iſt, ſo wenig wie beym Legat.

11. Aehnlich 2) iſt der Fall der Confiscation bey dem poena capitis affectus. Auf Suspicio poenae ſoll es hier

nach Ulpian (L. 7. h. t.) ſo wenig ankommen, als dort auf Fraus, obgleich es bey andern Schenkungen anders iſt. Das Raiſonnement iſt auch daſſelbe:

»removetur donatio ut imperfecta« [192]

Der Fall iſt aber von geringerer Wichtigkeit, da er denn doch in ruhigen Zeiten ſelten vorkommt; und man ſieht wohl, es kommt hier nicht allein auf Raiſonnement, ſondern darauf an, wie gütig das Geſetz gegen unſchuldige Dritte ſeyn will, die ſonſt von dem Tode des Verbrechers etwas zu hoffen hatten. So ſtreift das ſchon an die zweite Klaſſe.

12. Dieſe bilden II. ſolche Fälle, wo zufällig dergleichen zur Frage kommt wegen der Sonderbarkeiten eines beſtimmten poſitiven Rechts; dahin gehört

1) Die Form. Im klaſſiſchen Recht konnte es hier nicht zur Rede kommen, da die m. c. donatio die Form der Cincia nicht bedurfte, und es damals gewiß niemanden einfiel, die Form der Legate auf ſie anzuwenden, das heißt ſie ins Teſtament zu bringen. Nur der Grenzfall, wo die Reue ausgeſchloſſen wurde, konnte in Betracht kommen; aber es iſt auch nicht glaublich, daß nicht alle Juriſten dieſen unter die Lex Cincia ſollten geſtellt haben. S. oben S. 313.

13. Ferner ſind dahin zu zählen 2) Notherbenrecht und Schmälerung des Pflichttheils. Beynahe könnte man dieß in die erſte Klaſſe ziehn, und darum ſtelle ich es hier nach der Form voran. Daß es indeß nicht unumgänglich nothwendig in einem poſitiven Recht vorkommen muß, wie ein Concursrecht, lehrt die Geſchichte des römiſchen Rechts ſelbſt.

Umgehung des Geſetzes iſt hier ſo leicht möglich, wo auch nicht immer ein Dolus ſich nachweiſen läßt. Ob hier das Eigenthum gleich übertragen wird, iſt wieder ganz gleichgültig, ſobald ſich nur der Schenker jeden Augenblick wieder bedenken kann. Man überſehe nur nicht, daß er ſich

192) S. auch L. 32. §. 7. S. D. de donat. int. V. et U. Eine Milderung ſchon in L. 24. C. eod.

vom Beſchenkten den Gebrauch und Genuß jederzeit ausbitten kann, und daß dieß Precarium durch die mögliche Reue faktiſch im Belieben des Preciſten ſteht. Alſo die ultima voluntas muß auch hier wieder den entſcheidenden Grund für die Vergleichung mit Legat hergeben. Schwierigkeit mußte denn auch wieder der Fall machen, da die Reue ausgeſchloſſen wurde, nämlich in ſo weit bey Schenkungen unter Lebenden Dolus erfordert wurde. Aber eine Partey half ſich hier wieder mit der imperfecta donatio. So finden wir dieß Recht beym Libertus, der die pars bonorum debita des Patrons durch Schenkungen T. h. ſchmälerte [193], ſo bey der bonorum possessio contra tabulas, wo auch nach Ulpian's Meinung nur den Exceptis die m. c. donationes wie die Legate gelaſſen wurden, und auch dieſen nur unter Bedingung gegenſeitiger Collation, um die virilis portio auszumitteln [194]. In den übrigen Fällen des Notherbenrechts half die Falcidia, (n. 2.), nachdem dieſe bey den m. c. donationes allgemein eingeführt worden.

14. Nämlich 3) dieſes Inſtitut der Quarta Falcidia iſt ohne Zweifel ſo rein poſitiven Urſprungs, wie nur eines, und Juſtinian, der es dadurch, daß er dem Teſtator ausdrückliche Ausſchließung zuließ, ſo ſehr ſchwächte, wenn nicht untergrub, hätte es ſchwerlich eingeführt, wenn er es nicht vorgefunden hätte. Da die Vorſchrift abſolut war, ſo läßt

193) L. 1. §. 1. D. si quid in fraudem patroni (Ulpian). — Sufficit docere mortis causa factum. nec immerito, mortis causa enim donationes comparantur legatis. —

194) L. 3. §. 1. D. de legat. praest. — si excepti non sunt, auferendas eis puto mortis causa donationes. L. 5. §. 7. eod. (Exceptae personae) ampliore quam virili portione hereditatis data, usque ad virilem tueantur. . . Idem observatur et circa legata, fideive commissa — et in mortis causa donationibus. L. 20. eod. (Marcian) . . si varie donatum fuerit exceptis personis a testatore mortis causa, pro rata conferent ad virilem emancipato, *sicut* accidit in portionibus hereditariis *et legatis*. §. 31. Intestato autem mortuo patre super donationibus mortis causa factis non poterit filius queri, *quoniam comparatio nulla legatorum occurrit*.

ſich denken, daß man ſie zuweilen zu umgehen trachtete. Dieß aber konnte ſchon früher durch Schenkungen T. h., als durch Fideicommiſſe geſchehn [195]; obgleich dieſe nicht lange mehr ausblieben. Von dem die eigentliche Schenkung berührenden Fall, da man die Reue ausgeſchloſſen hatte, ließ ſich das am wenigſten beſorgen. Wo aber ambulatoria voluntas war bis zum Tode, da konnte man m. c. donatio ſo gut wählen, wie Legat, zumal wenn bloß ſtipulirt wurde; dann gab der Erblaſſer gar nichts heraus bey ſeinen Lebzeiten, es war das alſo faktiſch ein Legat. Dennoch übereilte man ſich hier nicht, das Recht der Legate auf m. c. donationes auszudehnen. Nachdem ſchon Antoninus Pius [196] die Falcidia auf Inteſtaterbfolge, damit man ſich ihr nicht durch Fideicommiſſe entziehen könne, erſtreckt hatte, wandte ſie erſt Severus auf m. c. donationes an. Es ſcheint nicht, daß dieß vorher ſchon in der Praxis geſchehn war, denn Papinian in L. 42. §. 1. h. t. ſpricht von einem antiquum jus, d. h. was vor der Conſtitution des Severus für beide Schenkungsarten gleich gegolten habe. Es war hier alſo ein entſchiedenes Recht vorher und nachher: worüber konnten denn die Juriſten ſtreiten? Vielleicht auch hier wieder über jenen Berührungsfall; obgleich man auch bey dieſem mit Papinian (L. 42. cit.) ſagen könnte: »haec lege certa donantur, et morte insecuta *quodommodo* bonis auferuntur«. Dieſe Worte ſcheinen es recht klar anzudeuten, daß bey jeder m. c. donatio die Gabe erſt durch den Tod den Gütern entſchieden entriſſen wird, ohne daß ſie darum erſt in die Erbſchaft kommt. [197]

15. Wäre des Cujaz [198] Meinung richtig, daß die

195) Die Lex Furia und die Lex Voconia hatten durch Allgemeinheit des Ausdrucks vorgeſehn. Gaius II. 225. IV. 23. Ulpian I. 2.

196) L. 18. pr. D. ad L. Falcid.

197) Vergl. L. 27. in f. D. h. t. Ueberhaupt kann es ſehr wohl ſeyn, daß hier ſo wie in mehreren andern Fällen umfaſſende theoretiſche Streitigkeiten obwalteten, die ſich von praktiſchen und ſelbſt von ſolchen, die de Lege (constitutione) condenda geführt wurden, unter dieſen Kaiſern nicht rein ſcheiden ließen.

198) Observ. XX. 6.

Conſtitution des Severus ſich auf einen testatus decedens bezogen habe, weil hier nur eine Vergleichung mit Legat möglich geweſen, ſo hätte man ſich auch über die Ausdehnung auf Inteſtaterbfolge ſtreiten können. Cujaz beruft ſich auf Marcian's L. 20. §. 1. D. de legat. praestand.: »quoniam comparatio nulla legatorum occurrit« (Not. 194 in f.). Allein das hat dort eine beſondere Beziehung auf Collation zum Zweck der virilis portio, und bey der Inteſtaterbfolge waren weder Legate noch Fideicommiſſe noch Schenkungen T. h. gegen die Regel aufrecht zu erhalten. In unſerm Fall lag es zu nahe, es mit den m. c. donationes wie bey den Fideicommiſſen zu halten, und in Gordian's L. 2. C. h. t., welche nach Cujaz die neue Conſtitution ſeyn ſoll, iſt keine Neuerung angedeutet [199].

16. Allerdings war man hier am nächſten daran, das Weſen der m. c. donatio: Unabhängigkeit von der Beerbung, zu verletzen, denn die Schenkungen wurden hier gewiſſermaaßen in die Erbmaſſe hineingezogen; indeß man ging nicht weiter als man muſte, damit nicht die Antretung in dieſer Art vereitelt würde, und ſo blieb der Charakter im übrigen unangetaſtet. Damit nicht die geſchenkte Sache (etwa durch das Interd. quod legat.) in die Erbmaſſe hineingezogen werde, ward eine eigne Actio in factum gegen den Beſchenkten gegeben auf den verhältnißmäßig berechneten Werth.

17. Noch ferner gehört 4) hieher die Incapacität der *Lex Julia et Papia*. Die Lex hatte die mort. c. donationes nicht ausdrücklich mit hineingezogen. Sollte ſie daher nicht umgangen werden, ſo mußte dieß ſo gut wie bey Fideicommiſſen [200] durch ein Senatus-Conſult auch hier ergänzt werden.

199) Auch L. 5. C. ad L. Falcid. ſpricht ganz allgemein. Wer durch die immodica donatio gelitten hatte, erhielt eine Actio in factum oder nach Umſtänden eine replicatio in factum. L. 77. §. 2. de Legat. II. L. 15. pr. D. ad Leg. Falcid. L. 1. §. 5. D. quod. Legator. Vergl. L. 32. §. 1. D. de donat. int. v. et ux. L. 12. C. ad Leg. Falcid. Vat. §. 281. 259.

200) Gaius II. 286.

L. 35. pr. D. h. t. Paulus l. 6. ad L. Jul. et Pap.

Senatus censuit, placere mortis causa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent, quae testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret.

Zu einer ſolchen Ausdehnung mogten manche Juriſten überhaupt nicht geneigt ſeyn, da die Lex caducaria nicht zu den beliebteſten Geſetzen gehörte; und ſo mogte auch das Senatus-Conſult chicanirt werden. Daß die m. c. donatio aber regelmäßig das Eigenthum übertrüge, konnte nur in ſofern in Anrege gebracht werden, als dabey der Begrifs-Unterſchied vom Legat noch ſichtlicher hervortrat; im übrigen wußte man auch eine ſolche Schenkung mit Suspenſiveffect doch vom Legat recht wohl zu unterſcheiden, und wo nur suprema voluntas war, da war auch das Geſetz gefährdet. Allein Paulus in L. 35 rechnet grade auch ſolche Fälle auf, und ſtellt ſie alſo unter das Geſetz, in denen alle Revocation, ſo weit das überhaupt ſeyn konnte, ausgeſchloſſen war. Und ſo konnte er in einem folgenden Capitel derſelben Schrift (L. 37 eod.— Eine Stelle aus Ulpian's Commentar zu derſelben Lex iſt im Contexte eingeſchoben) allgemein ſagen:

»Illud generaliter meminisse oportebit, donationes mortis causa factas, legatis comparatas: quodcunque igitur in legatis iuris est, et in mortis causa donationibus erit accipiendum.

Was ſchlechterdings nicht weder im urſprünglichen noch im Zuſammenhang der Compilation, von einer abſoluten, ſondern nur von einer Gleichſtellung in Beziehung auf die Lex Papia zu verſtehen iſt, wie das ja ſonnenklar am Tage liegt.

Es erſtreckte ſich aber dieß auch noch über die mortis causa donationes hinaus auf jede mortis causa capio, ſo daß Paulus in L, 9. eod. ſagen kann:

»Omnibus mortis causa capere permittitur, qui scilicet et legata accipere possunt.«

18. Immer iſt dieß von Capacität zu verſtehen, keinesweges aber von Testamentifactio, [201]) weder von activer, noch von paſſiver, wie wir zu ſagen pflegen. Auch auf dieſe im allgemeinen die Gleichſtellung des Legats mit m. c. donatio auszudehnen, dazu war gar kein Grund vorhanden, da die letztere nichts mit dem Teſtament zu thun hatte. Die Fälle, die noch füglich im recipirten Pandektenrecht vorkommen konnten, entſchieden ſich hiernach. Ein Stummer und ein Tauber konnten der Teſtamentsform wegen kein Teſtament, und alſo auch kein Legat errichten; warum hätten ſie nicht ſollen mortis causa ſchenken können, wie ſie überhaupt ſchenken konnten [202])? Sollten ſie wohl hier ein kaiſerliches Privilegium nöthig gehabt haben? Ein filiusfamilias kann mortis causa ſchenken, verſteht ſich aus einem ihm vom Vater anvertrauten Peculium mit deſſen Einwilligung: die Form iſt ihm nicht entgegen [203]). Was konnte eigentlich einem Peregrinus, deſſen die Compilation hier nicht erwähnt, entgegen ſtehn, wenn er mortis causa verſchenken wollte? Ob man ihm ſo ſchenken konnte, iſt freilich nicht ſo gewiß, doch können die Fideicommiſſe (Gajus II. 285) noch nicht das Gegentheil beweiſen. Ein Prodigus konnte freilich überhaupt nicht ſchenken, und veräußern, und ein Latinus Junianus

201) In L. 32. §. 8. D. de donat. int. v. et v. heißt es freilich: nam et mortis causa donare poterit, cui testari permissum est. Aber dieß wird in beſonderer Beziehung auf den Fall oben sub. I. 2, geſagt, hatte einer das Privilegium erhalten zu teſtiren, ſo konnte er ſo weit als dieſes Privilegium reichte, auch durch eine natürliche Folge nur um ſo eher m. c. ſchenken. Ein ähnlicher Schluß kommt auch in L. 7. §. 6. D. de donat. vor, und wird dort auch auf die non mortis causa donationes erſtreckt: caeterum qui habent castrense peculium vel quasi castrense, in ea conditione sunt, ut donare et mortis causa et *non mortis causa* possint, *cum testamenti factionem habeant.*

202) L. 33. §. 2. D. de donat. Vergl. Ulpian XIX. 13 und L. 7 D. qui. testam. facere.

203) L. 25. §. 1. D. h. t. Bey dem ſ. g. Peculium adventitium der Folgezeit, kann es, denk' ich, nicht anders ſeyn; denn wenn der Vater dem Sohn eine Sache zu verſchenken erlaubt, ſo iſt dieß ja anvertrautes Peculium, mochte nun im übrigen der Sohn Proprietär ſeyn und der Vater bloß Uſufructuar, oder umgekehrt.

konnte auch hier nicht capere u. ſ. w. L. 15. D. h. t., die das Privilegium militum hier in Anwendung bringt, ſpricht nur von Incapacität, von welcher überhaupt ein ſo großer Theil dieſes Pandektentitels handelt, und da kommt denn wieder in dieſer Relation der Gemeinplatz des Paulus vor:

»hoc et constitutum est, *et ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt.*

Von den Conſtitutionen konnte dieß doch nicht anders als relativ geſagt ſeyn.

19. Endlich 5) war man auf den Gedanken gekommen, ein Fideicommiß auf eine *m. c. donatio* zu legen [204]). Ein Legat darauf zu legen, war natürlich unmöglich, aber bey dem formloſen Fideicommiß mußte man es zulaſſen, obgleich das Fideicommiß von der hereditas und dem Teſtament, wenn eines da war, abhing, die Schenkung nicht. Angemeſſener der Natur der m. c. donatio war die Art, wie man hier direct ſubſtituiren konnte nach L. 10. D. h. t., der Beſchenkte, der die Sache empfangen hatte, promittirte, falls er beim Tode des Schenkers (L. 22. h. t.) nicht capax ſeyn ſollte, ſie an den Subſtituten herauszugeben. Hinſichtlich des Fideicommiſſes mußte aber nothwendig jener Grenzfall, wo Widerruf ausgeſchloſſen war, ausgenommen ſeyn; denn das war nicht mehr ultima voluntas. Gab es Juriſten, die ohne Unterſchied Auflegung von Fideicommiſſen zugeſtanden, ſo mußten ſie die Reue als nothwendiges Kriterion der m. c. donatio anſehn, und wir wiſſen nicht, ob es welche gegeben hat, die dieß letztere für wahr hielten.

20. Dieß ſind nun die bedeutenden Einzelnheiten, ſo viel ich habe gewahr werden können, alle, worin eine Gleichſtellung mit Legaten von Klaſſikern behauptet, und in dem recipirten Pandektenrecht allgemein feſtgeſetzt wurde. Daß hier immer weſentlich nur Gleichſtellung mit Legaten, und etwa nur einmal beyläufig mit Fideicommiſſen geſchieht, iſt nun leicht zu erklären; denn theils fand das Verhältniß zu den Legaten ſchon vor erzwingbaren Fideicommiſſen Statt; theils bezog ſich die Gleichſtellung auf ſolche Geſetze, welche zunächſt nur Vorſchriften für Legate enthalten konnten, die erſt ſpäter auf unſre Schenkungen wie auf Fideicommiſſe ausgedehnt wurden.

Es giebt aber keine Pandektenſtelle wo dieſe Gleichſtellung über die erwähnten Relationen

204) L. 11. in f. D. de dote prael. L. 77. §. 1. de legat. II. L. 1. C. h. t. (Alex. Sever.) Vergl. L. 37. §. 3. de legat. III. L. 96. §. 4. de legat. I. L. un. §. 8. C. de caduc. tollend.

hinaus, absolut behauptet würde; und häufig sind die Ausdrücke so, daß schon das Relative daraus erkennbar ist: man habe hier, heißt es, »ad exemplum«, »ad instar legatorum« das Recht der Schenkungen eingerichtet. Kein Wort davon, daß sie ganz und gar Legate seien, oder daß sie als eine species legatorum angesehen werden müßten. Das Jus legatorum in L. 37. pr. D. h. t. ist offenbar das Legaten-Recht aus der Lex caducaria, und nichts mehr und nichts weniger.

21. Alle diese Aeußerlichkeiten, so bedeutend sie auch im klassischen Recht waren, berührten das Wesen der m. c. donatio nicht; dieses und alles was daraus folgt, blieb ganz unangetastet. Es ist nirgends gradezu gesagt, daß dieselbe von der Aditio hereditatis unabhängig sey, aber wie konnte man dazu kommen, da es noch von niemanden verkannt worden war, daß sich das von selbst verstehe? Dadurch, daß die geschenkte Sache spätestens im Augenblick des Todes vom Beschenkten erworben wird, entscheidet sich das gleich. S. oben §. 2. N. 17. Hieraus folgt denn aber auch nothwendig, daß hier kein Oneratus ist. Es geschieht hier keine delivrance und keine persönliche Klage kann gegen den Erben oder sonst jemanden angestellt werden. Nicht etwa kann man das umkehren, und eine Schenkung Todes halber auf das Fideicommiß legen, wie dieses auf jene. Allerdings ist ein solches auf die Schenkung gelegte Fideicommiß selbst von der Antretung abhängig, als Anhang des Testaments von der Antretung aus diesem oder sonst. Aber geschieht nicht die rechte Antretung und auch nichts, was ihr hinsichtlich der zu zahlenden Vermächtnisse gleich kommt, so folgt nichts weiter, als daß die beschwerte Schenkung nun frey wird. Wollte jemand den Erwerb des Todes halber Geschenkten ausdrücklich bis zur Antretung seiner Erbschaft suspendiren; so würde er nur dem Namen nach Todes halber geschenkt haben, in der That wäre es Fideicommiß, und die Acceptation überflüssig. Freilich wenn m. c. promittirt worden, so geht die Obligatio, deren Exactio nun erst anfängt, allerdings auf den Erben über, aber wie jede andre Schuld; nur daß diese allen andern Gläubigern des Erblassers nachsteht (s. oben §. 2. N. 10. 11.)

22. Aus diesem Princip der Unabhängigkeit von der Beerbung überhaupt folgt dann ferner die Unabhängigkeit vom Testament, da dieses eben die Beerbung bestimmt, die Schenkung T. h. kann nie als Theil oder Anhang des Testaments betrachtet werden, wie sonst jede *ultima voluntas*; woraus denn weiter gefolgert wurde, daß

wer das Teſtament für falsum oder inofficiosum ausgibt, jedesmals das wenn auch in einem nicht confirmirten Codicill hinterlaſſene Vermächtniß, ſo wie ſein Recht aus der Pupillarſubſtitution, aber niemals die m. c. donatio verliert [205]). Eben daher konnten auch die m. c. geſchenkten annui reditus unmöglich wie ein annuum legatum behandelt werden, die Forderung beruhte hier nicht unmittelbar auf einer die Beerbung und was davon abhängig, beſtimmenden ultima voluntas ſondern auf einer Stipulation, die nur an ultima voluntas regelmäßig gebunden war. Paulus, der ſich ſo ſehr, wie irgend ein Juriſt ſeiner Zeit, in die Vergleichung mit Legaten vertieft hatte, hebt doch dieß, indem er die Gleichſtellung des Senatsconſults zur Lex Papia entwickelt, eigends heraus, und gibt dadurch hinlänglich zu erkennen, daß es ihm nicht um Zerſtöhrung des Weſens der m. c. d. zu thun war:

> L. 35. §. ult. D. h. t. Sed qui mortis causa in annos singulos pecuniam stipulatus est, non est similis ei, cui in annos singulos legatum est, nam licet multa essent legata, stipulatio tamen una est, et conditio eius, cui expromissum est, semel intuenda est [206]).

Wie würde ſich das reimen, wenn Paulus nachher (L. 37. pr.) wirklich hätte ſagen wollen, in allen rechtlichen Wirkungen und Beziehungen ſtänden ſich Legate und Schenkungen T. h. völlig gleich?

23. Dieſe Erörterung des klaſſiſchen Rechts über m. c. donationes läßt ſich nicht ſchicklicher, als mit dem Inhalt einer Lex ſchließen, die ich zu dieſem Ende abſichtlich verſpart habe. Es iſt L. 42 pr. D. h. t. Wir haben bisher nur immer an einzelne Sachen oder andre Vermögensvortheile, die m. c. geſchenkt wurden, gedacht. Die Schenkung Todes halber ſcheint aber niemals näher an die Beerbung des Schenkers hinanzutreten, und ſich dieſer zu aſſimiliren, als wenn ein ganzes Vermögen oder eine Quote deſſelben ſo geſchenkt wird, vollends wenn dieß, wie es kann, durch ein bloßes Verſprechen, was nur römiſch eine Stipulation ſeyn mußte [207]), geſchieht. — Eine Frau Seia hatte ihr ganzes Vermögen an einen nahen Verwandten Titius

205) L. 5. §. 4. 17. 18. D. de his quae ut indignis.

206) Vergl. mit L. 22. 34. eod. und L. 4. L. 11. D. de annuis legatis.

207) Vat. §. 263. verb. citra stipulationem. Die nuda stipulatio war hier auch bei einer donatio inter vivos hinlänglich, da an Exceptos geſchenkt war. Bey einer m. c. donatio konnte es nicht anders ſeyn, ſobald ſie nicht unwiderruflich geſchehen war.

verſchenkt, indem ſie ihm die einzelnen Sachen tradirt, ſie aber wieder zurückgenommen hatte, um den ſich vorbehaltenen Uſusfructus daran auszuüben.

Res mancipi gab es gewiß in dieſem Vermögen, und ſo müſſen hier nicht bloß Traditionen, ſondern auch Mancipationen vorgefallen ſeyn, denn Papinian ſagt nachher, die Schenkung ſey durch Uebertragung des Eigenthums völlig vollzogen worden. Eins von beiden war aber, nach Unterſchied des Objects, bey dieſer excepta persona (vat. 298. 299), ſelbſt wenn man eine inter vivos donatio wollte, hinreichend. Eine Deductio ususfructus an den einzelnen Sachen muß hier denn auch gedacht werden. Cujaz (lib. 13. resp. Papin.) meint, es ſey hier das Vermögen in iure cedirt worden, nur mit Hinzufügung von Traditionen, das konnte aber mit einem Vermögen als Univerſitas gar nicht geſchehen [208]), und geſchah die Ceſſion, was an ſich ſchon unwahrſcheinlich iſt, mit den einzelnen Sachen, ſo läßt ſich nicht einſehen, weshalb die Traditionen hier allgemein für ſich herausgeſtellt wurden, zumal da ſie die Detention behielt. Ich möchte daher das »bonis suis cesserit« dießmal lieber von ſimpler Ueberlaſſung der Güter verſtehn, die nur durch Mancipation oder Tradition vermittelt war. Alſo Traditionen und Mancipationen waren geſchehen, die Schenkerin behielt aber die Detention wegen des Uſusfructus. Daß es eine *mortis causa* donatio ſeyn ſolle, war, wie man in der Folge ſieht, nicht geſagt worden. Nur war allein zur Bedingung gemacht, daß wenn der Beſchenkte vor der Schenkerin ſterben ſollte, dann die Proprietät zu ihr zurückkehren ſollte. Dieß war alſo der einzige Fall für den eine Revocation verabredet worden, die dann aber ipso jure

208) Cod. Hermogen. tit. 6. c. 1. Die in iure cessa hereditas bey Gaius II. 34. ꝛc. und Ulpian XIX. 11 ꝛc. beweiſt dieß grade auch ſobald nämlich die Ceſſion nach der Antretung geſchehn war. War ſie vorher geſchehn, ſo war dieß keine Ceſſion des Nachlaſſes, ſondern nur eine Uebertragung des Erbanſpruchs eines Familien-Mitgliedes, vielleicht wie ſchon Andre vermuthet haben, ein bloßes Hinaufrücken eines Agnaten in die Stelle des andern, eine vertragsmäßige und obrigkeitlich autoriſirte Successio gradus, da dieſe im Geſetz fehlte. Wegen der gänzlichen Irregularität dieſer Cessio hereditatis legitimae in iure wurde derſelben in Cap. 2. (H. 2. S. 218 ꝛc.) im Text nicht erwähnt, die beabſichtigte Note aber wurde, da der Druck beeilt ward, vergeſſen, und ſo mag hier nachträglich bemerkt werden, daß ſo allerdings im alten Recht (im neuern iſt es gänzlich verſchwunden) ein legitimer Erbanſpruch ſelbſt und ohne Vermittlung einer Obligatio übertragen werden konnte. Die Mitwirkung des Magistratus brachte hier singulari iure hervor, was ſonſt nur dem Erblaſſer möglich war.

eintreten ſollte. Sodann war aber hinzugefügt worden, wenn erſt Titius vor der Seja ſterben, und ſo die Proprietät zu ihr zurückkehren würde, bey ihrem ſpätern Tode aber Kinder des Titius am Leben ſeyn würden, dann das Vermögen dieſen gehören ſolle. Nun ſtarb Titius vor der Seja, und die Erben des Titius, jene Kinder, fingen nun an die einzelnen zu dem verſchenkten Vermögen gehörigen Sachen, deren Eigenthum ſie auf ihren Erblaſſer übertragen hatte, von ihr zu vindiciren. Sie aber opponirte die Exceptio doli, unfehlbar mit Erfolg; allein es war nur darauf abgeſehen geweſen, durch dieſe Einrede von der andern Seite ein bonae fidei iudicium zu gewinnen, und darin wegen künftiger (bey ihrem Tode) Herausgabe der Güter Caution verlangen zu können [209]). Es erklärt ſich nur aus einer irrigen Vorſtellung von m. c. donatio, wenn Cujaz es hier dem Papinian als eine beſondre Subtilität anrechnet, daß er die Forderung auf die Caution hier nicht zulaſſen wollte. Denn entweder man interpretirte dieß als ein Fideicommiß, dann konnte vor dem Tode der Erblaſſerin von keiner Caution die Rede ſeyn. Oder man ſah es als Schenkung an, dann war hier noch gar nichts geſchehn, denn eine bloße formloſe Zuſage, vollends wie hier, für einen als möglich gedachten künftigen Fall, war noch nicht der erſte Anfang einer Schenkung [210]). Folglich mußte hier wirklich, wie Papinian ſagt, eine neue Schenkung abgezwungen werden [211]), denn nur in der Perſon des Titius, nicht ſeiner Kinder, war eine ſolche vollzogen worden. Die Frau ließ ſich aber doch zu einer Caution bewegen, ſie promittirte alſo den Kindern das Vermögen, wenn ſie geſtorben ſeyn werde, und that freiwillig, wozu ſie nach Papinians Anſicht nicht genöthigt werden konnte. Setzte man nun dieſe Stipulation mit der alten Schenkung als ihren neu beſtätigten Anhang in Verbindung, ſo konnte die Frage entſtehen, ob ſie eine m. c. donatio, oder ob ſie eine inter vivos donatio, nur aber certae conditionis war, nämlich daß der Beſchenkte den Tod des Schenkers erleben müſſe; wornach ſich denn auch die Frage

209) S. Cujaz a. a. O. und vergl. L. 41. D. de iudiciis mit L. 3. §. 3. 4. D. ad exhibend. L. 13. D. de R. V. L. 19. 21. cod. L. 24. §. 2. D. sol. matrim. L. 47. §. 2. D. de pecul. L. 16. pr. D. de H. P.

210) Rhein. Muſeum Jahrg. 1. H. 3. S. 191.

211) Incurrebat haesitatio non extorquendae donationis, quae nondum in persona filiorum initium ceperat.

entſcheiden muſte, ob ſich die Kinder des Titius künftig die Falcidiſche Quart von den Erben der Seja abziehn laſſen müßten. So viel war klar, daß die Schenkung unwiderruflich ſeyn ſollte, den einzigen Fall, da der Beſchenkte vor dem Schenker mit Tode abging, ausgenommen, und das muſte denn nun auch eben ſo bey der gegenwärtigen Stipulation genommen werden. War denn das aber m. c. oder i. v. donatio? Papinian entſcheidet, jede Schenkung, die hier geſchehn iſt, iſt mortis causa geſchehn; die erſte iſt aber durch den Tod des Titius reſolvirt; die zweite iſt alſo eine neue Schenkung durch Stipulation an die Kinder, auch ſie iſt eine m. c. donatio, und ſo ſind dieſe Kinder, wenn ſie Seja überleben, wegen der Falcidia künftig verhaftet.

24. Durch dieſe Ler ſind alſo nun noch folgende oben erörterte Behauptungen von neuem erwieſen und außer Zweifel geſetzt:

1) Daß auch eine mortis causa donatio nicht durch formloſe Zuſage, ſondern nur durch eine gegenwärtige auf Vermögensvermehrung gerichtete Handlung geſchehen kann.

2) Daß dieſe gegenwärtige Handlung in Mancipation und Tradition aber auch in Stipulation, ſelbſt bey einem ganzen Vermögen, das ſo als ein Ganzes verſprochen wird (Vat. §. 263), deſſen Einzelnheiten dann aber die Erben künftig zu übertragen ſchuldig ſind, beſtehen kann.

3) Daß es des Ausdrucks mortis causa oder ſonſt einer Formel nicht bedürfe, um mortis causa zu ſchenken.

4) Daß es noch immer m. c. donatio iſt wenn auch alle Revocation gradezu oder ſtillſchweigends ausgeſchloſſen wurde, ſobald man nur ſo viel übrig ließ, daß der frühere Tod des Beſchenkten von ſelbſt revocirte.

5) Daß auch insbeſondre auf eine ſolche unwiderrufliche Schenkung Todes halber die gewöhnlichen Gleichſtellungen mit Legat, namentlich was die Falcidia angeht, Anwendung leiden, wodurch denn die obige (S. 314) Auslegung der L. 27. D. h. t. welche für ihren Fall den Abzug der Falcidia verwirft, rückwärts beſtätigt wird.

Der Beſchluß, nämlich »über mortis causa donatio nach ſpäterm und heutigem Recht«, im nächſten Heft.

AZDINGI.

Im ersten Hefte des zweiten Jahrganges des Rheinischen Museums für Jurisprudenz (1828) S. 124 will Professor Hefftter in einer Stelle bei *Johannes* dem Lyder (De magistratibus III, 55, in der Ausgabe von Fuß, Paris und Leyden 1812, S. 248) statt *Astingi* lesen *Adlingi*.

Die Stelle heißt so: Justinian, nachdem er die Vandalen besiegt, führte im Triumph in die Hauptstadt ihren König „*Γελιμέρα αὐτὸν σὺν τοῖς ἐνδόξοις τοῦ ἔθνους, οὕς ἐκάλουν ἀστίγγους οἱ βάρβαροι.*"

Herr Professor Hefftter will, dem Sinn der Stelle gemäß (»die Edlen des Volkes hießen *astingi*, azdingi), *Adlingi* (*ΑΔΔΙΓΓΟΤΣ* statt *ΑΣΔΙΓΓΟΤΣ*) lesen.

Aber 1) wird Hr. Prof. Hefftter im selben Augenblick dem Sinne der Stelle, dem er in der Conjectur huldigte, ja herzustellen bemüht war, ungetreu, indem er jene durch die Frage begründen will »*Astingi* bei den Vandalen?« Diese Verwunderung und Frage ist nur erklärlich durch die Voraussetzung, daß Hr. Prof. Hefftter Astingi für einen Volksnamen genommen [1]), während obige Stelle doch nur das Edelgeschlecht des Vandalenstammes so nennt. Und so ist ihm wider den Sinn dieser und aller anderen Stellen, worin die *Astingi* noch vorkommen, begegnet, was auch dem Dr. Wilhelm in seinem »Germanien« S. 236 widerfuhr, indem er jene Astinger dort als einen »Hauptstamm der Vandalen« aufzählt, im Register aber (S. 362) gar als »Volk« S. 236 als »vandalisches Volk«. Ja wie Prof. H. oben lieber conjecturirt (und wie wir weiter sehen werden, wider das Sprachgesetz), als das Wort wie es steht aus dem Geist und Schatz der Muttersprache zu deuten versucht: so will auch Dr. Wilhelm a. a. O. bei Tacitus (Germania

1) Vielmehr für einen Namen, eine Bezeichnung, die ich blos als Volksnamen aus der mir allein bekannten Stelle von Dio Cassius kannte. Hr.

cap. 40. 43) ſtatt Marsigni die Astigni einſchmuggeln, wobei er der von vorn herein deutſcher anklingenden Form — *ingi* (in Ast*ingi*) gegen das eher bei Mars*igni* (und Reud*igni*) umzuſtellende — *igni* Gewalt anthut, während ſchon äußerlich bei Jornandes und Johannes Lydus (die außer Dio Caſſius Dr. Wilhelm gar nicht anführt) gleichmäßig Ast*ingi* ſteht. Hätte Dr. W. die Stelle des Johannes Lydus beachtet, ſo würde er uns wohl nach ſeiner ſonſt gewohnten Genauigkeit kein Volk aus den Astingi gemacht haben. Prof. Hefftter deutet gerade in dieſe Stelle durch jene Frage: »Astingi bei den Vandalen?« den untergeſchobenen Begriff Volk hinein.

2) Abgeſehen davon, daß aus *ΑΣΔΙΓΓΟΤΣ* (d. h. aus dem *Σ* vorn) ſich nicht ſo ſchnell *ΑΔΔΙΓΓΟΤΣ* machen läßt oder umgekehrt aus dieſem jenes ſich verderbte [2]), ſo iſt die Form *ΑΔΔΙΓΓΟΙ*, Adlingi für jene frühen Jahrhunderte nicht ſprachgeſetzlich gebildet [3]) und ſchon die von ſpäterer althochdeutſcher Zeit beigebrachten Adalingi, Ethilingi, ſelbſt der neueſt gebliebene Name »Adelung« hätte ſattſam aufmerkſam machen ſollen auf den in jenen Frühzeiten nicht ausgeſtoßenen Selbſtlaut. Aus dem Namen »ad*al*« (prosapia) bildet ſich »adalisk, adallih, (aſſimilirt adillih), adalerbo, und mit Umlaut (e aus kurzem a, dazu durch das folgende *i* das zweite a aſſimilirt) »edil — ino« (bei Otfrid ꝛc.), angelſächſ. ädel-ing. Erſt das Neuhochdeutſche zieht zuſammen Edling; das Neuniederländiſche bewahrt edeling.

Warum bildete Prof. H. alſo, da *Δ Α Α* ſich alle ſo ähnlich ſehen, nicht gleich fort *ΑΔΔΙΓΓΟΤΣ*? Aber freilich das ſah dem *ΑΣΔΙΓΓΟΤΣ* zu unähnlich; und gar ſteht ja *ΑΣΤΙΓΓΟΤΣ*!

Verſuchen wir daher lieber dieſe astingi zu retten und dem deutſchen Wortſchatze der früheſten Jahrhunderte zu gewinnen. Schon die Bildung des Königsnamens *Gelimer* vergewiſſert uns, daß hier auch in *Astingi* deutſcher Klang zu ſuchen ſey. Mit dem gothiſchen *mêris* (althochd. mâri, mittelhochd. mâre, maere, berühmt, famosus) bilden ſich, neben dem Eigenſchaftsworte *loutmâri* (mittelhochd. leutmære: laut- und landkundig), die Eigennamen (gothiſch) gibimêr,

2) Sinniger wäre *ΑΔΔΙΓΓΟΤΣ* (-*ΔΔ*-), wenn *ΑΔΔΙΓΓΟΤΣ* (-*Δ.Δ*-) geſtanden hätte.

3) Ein griechiſcher Schriftſteller, wie Johannes, war wohl um das deutſche Sprachgeſetz nicht eben ſehr bekümmert. Anm. v. Hr.

theodemêr, gundamêr, walemêr, ricimêr, in welchen Namen das — *mêr* häufig (mundartlich?) — *mir* geſchrieben wird, ganz wie z. B. im ſlaviſchen Wladi-*mir* (= Waldemâr). Tacitus hat segi*mêr*us, catu-*mêr*us, inguio*mêr*-us. Spätere haben nach dem regelmäßigen Uebergang vom gothiſchen *mêri*-s in mâri: Chnodo*mâr*-us (chnod= Geſchlecht, genere clarus); ebenſo in den althochd. Diplomen danch*mâr*, diet*mâr*, regin*mâr*.

Eben ſo tritt uns in den früheſten Volks- und Stammnamen neben — *ang*, — *ung* die deutſche Bildungsſylbe — *ing* entgegen.

Bei den Gothen ſelber »*theru-ingi*« (Ammian. Marcell. 31, 5), oth*ingi*, und thur*ingi* (bei Jornandes). Im 5ten Jahrhundert treten die Thur-*ingi* auf (Sidon. Apollin. 7, 323: tor*ing*us), in Urkunden des 8. 9. Jahrh. als Mannsname durinc (mittelhochd. dürinc) halbinc, *irinc*, muninc. Das Mittelhochdeutſche (Grimm II, S. 350), eben ſo die übrigen germaniſchen Mundarten (Grimm II, S. 350—352) haben die Sylbe — *ing* vielfach weiter angewendet, ſo daß ſie bis auf unſere Tage tief verwachſen iſt in den Biberbau der Mutterſprache.

Das Altfränkiſche bildete damit mêrovingi, chara*lingi* (mittelhochd. karlinc, kërlinc) u. ſ. w.

So nun iſt auch *Astingi* gebildet. Was bedeutet nun *Ast?* — Bei Johannes Lydus, bei Dio Caſſius, bei Jornandes ſtehet gleichmäßig *Astingi*; bei *Dracontius* (Carmina ed. Arevalus, Romae 1791. 4. S. 371) aber »As*d*ing).«

Bei allen jenen Schriftſtellern heißen ſie nicht Volk, noch Volksſtamm, ſondern ſind das Geſchlecht der Edlen unter den Vandalen (und Gothen und Markomannen), wie bei den Gothen die Amaler und Balten (balt, bolt, kräftig, raſch) waren.

Und wie »*Edil-ingi*« ein ſolches Edelgeſchlecht bezeichnet (denn *adal* heißt urſprünglich ſchlicht — Geſchlecht, Art, Race: ſiehe Schmeller's Bayeriſches Wörterbuch, Theil I, S. 26), ſo mag und ſoll, ja muß auch *Asdingi* die ἐνδόξους τοῦ ἔθνους bezeichnen.

Asd nun deutet auf ein gothiſches *azd*, mit mildem z = s, welches s ſpäter in r organiſch überging [4]). Jenes gothiſche *azd* wäre dann das althochdeutſche *art* (Art), das wie *adel*, urſprünglich Geſchlecht hieß. Man denke nur an das Mittelhochdeutſche »von *arte* hochgeboren, aus kuniglîcher *art*

4) Ich was — ich war, esam — eram (essem blieb) u. ſ. w. vielfach.

geporn.« Somit wären die astingi (goth. azdiggôs, althochd. artingâ) die Edlen des Volkes, (οἱ ἔνδοξοι τοῦ ἔθνους.)

Dieſe Deutung, ſprach- und ſachgemäß, beruht auf einem Wink Grimm's in ſeiner Grammatik Theil I, 2te Aufl., S. 1070 (und S. 126) und Theil II, S. 349. In den Heidelberger Jahrbüchern der Literatur machte ich von ihr ſchon 1826 (in Nr 50, S. 796) Anwendung. —

München d. 26. Febr. 1828.

H. F. Maßmann
Dr. u. Docent.

Anmerk. Die Redaction hat die Güte gehabt, mir den obigen Aufſatz vor dem Abdruck mitzutheilen und ich habe darauf die Correctur übernommen. Meine Conjectur war, wie ſie ſich auch angekündigt hatte, eine blos fugitive, die ſich während des Leſens von Johannes mir aufgedrungen hatte. Die Stelle von Jornandes (de reb. Get. c. 22. wo übrigens Muratori auch Asdingorum hat) ſcheint freilich jede Veränderung der Lesart überflüſſig zu machen. Noch mehr die Anthol. vett. latin. c. Burmanni t. II. p. 632. ex versib. Florentini:

»Carthago Asdingis genitrix Carthago coruscat.«

Ueber die Erklärung des Wortes habe ich kein Urtheil.

Hefftter.

Ueber die Abschließung eines Contracts durch Briefe.

Von

Hasse.

Die Frage, welche hier erörtert werden soll, ist vollständig diese: Wenn ein Contract unter Abwesenden durch Briefe geschlossen wird, in welchen Zeitpunkt fällt die Abschließung des Contracts, und die Entstehung der Verbindlichkeit auf der einen oder auf der andern Seite? Um uns nun aber die Sache nicht durch Abstractionen unnöthig zu erschweren, wollen wir den folgenden Fall, gleichsam als Normal-Fall, vorlegen, und daran unsre allgemeinern Betrachtungen anknüpfen. A in X schreibt an B in Y, er möge ihm eine bestimmte Quantität von der bestimmten Waare schicken, und bietet ihm dafür einen im Briefe angegebenen Preis, B antwortet darauf genehmigend; es fragt sich, in welchem Moment war der Contract perfect, und namentlich in welchem wurde B aus demselben verbunden, erst wie A den genehmigenden Brief empfing, oder schon früher, etwa wie B denselben auf die Post gab?

Nach der Meinung einiger Rechtsgelehrten [1]) wird der Contract, sofern er überhaupt auf einem Consensus beruht, perfect und entsteht die Verbindlichkeit dessen, der den angebotenen Vertrag annimmt, in dem Augenblick, da er sich

1) Neuerdings hat sich zu ihnen gesellt v. Wening-Ingenheim in dem Archiv f. d. civ. Praxis. Bd. 2. S. 267 ꝛc.

zu dieſer Annahme entſchließt, denn dann, meint man, ſey die Einwilligung beider Contrahenten in einem Punkt zuſammengetroffen, mithin das Geſchäft abgeſchloſſen. Auf den Zeitpunkt wo der Proponent den gegenſeitigen Entſchluß erfahren, ſey gar nicht zu ſehen; das ſey ſchlechthin gleichgültig. Obgleich dieſe Meinung, wenn ich anders recht ſehe, ſchon in ſich gar keinen Beſtand hat, ſo hat ſie, wie ich in Erfahrung gebracht, auf die Praxis der Gerichte noch in neueſter Zeit verſchiedentlich eingewirkt, und es lohnt ſich alſo wohl der Mühe, die ganze Sache einer neuen Prüfung zu unterwerfen. Polemik gegen beſondere Schriften vermeide ich gern, und hier würde es überflüſſig ſeyn, wo es leichter zum Zweck führt, die Sache für ſich reden zu laſſen; nur darf man bey ihrer Entwicklung grade nicht zu ſparſam mit den Lettern umgehen, da es ſonſt ſchwer halten mögte, was man doch bey einem ſo vulgären Gegenſtande wünſcht, — Viele zu überzeugen.

Praktiſches Intereſſe hat die Frage in mehrerley Beziehungen; auch rückſichtlich des Forum Contractus. Bekanntlich beſtimmt die gemeine Meinung dieſes, wo kein Locus adjectus iſt, nach dem Orte, wo der Contract abgeſchloſſen worden, und demnach die Verbindlichkeit, welche grade eingeklagt worden, entſtanden iſt; das wann? und wo? coincidirt hier dann aber mit einander. Wir müſſen hier die Unterſuchung zurückſtellen, ob das Recht an dieſen Ort unmittelbar das Forum geknüpft hat, oder ob, wie noch neuerdings behauptet worden [2]), der Ort, wo die grade in Frage ſtehende Obligatio zu erfüllen ſey, mag er ausdrücklich hinzugefügt worden ſeyn, oder ſich nach der Natur der Verhältniſſe von ſelbſt verſtehn, immer das Forum Contractus bilde, und der Ort, wo der Contract geſchloſſen worden, lediglich nur des-

2) Linde im Archiv f. d. c. Praxis B. 7. S. 69 ꝛc. — Der Aufſatz hat auf eine löbliche Weiſe dazu angeregt, die Unterſuchung auf ein feſtes, nach allen Seiten geſichertes Reſultat zu führen.

wegen in Betracht komme, weil dieſer gewöhnlich auch der Locus Solutionis ſey, alſo ſich daran meiſtens erkennen laſſe, wo zu erfüllen ſey. Die gemeine Meinung nimmt nun einmal, unter der gegebenen Vorausſetzung, den unmittelbaren Zuſammenhang an, und könnte ſie ſich auch ganz umkehren, ſo iſt ſie doch ſchon in mehrere Particularrechte eingedrungen [3]), und ſo könnte unſre Frage auch in dieſer Beziehung ihr Intereſſe nicht ganz verlieren. Wir wollen nur andeuten, daß bey einem Bilateralcontract, wie der Kauf, wenn er unter Abweſenden zu Stande kam, es immer Bedenken erregt, wenn man, wie doch bey der gewöhnlichen Anſicht geſchehen muß, alles auf die letzte Thatſache, die das Geſchäft ſchließt, ſtellt, da von den vorhergegangenen nicht weniger hauptſächlichen und unentbehrlichen Handlungen dieſe an dieſem, jene an jenem Ort geſchehen iſt (der proponirende Brief wurde in X, der genehmigende in Y geſchrieben), das Contrahiren alſo als ein Ganzes betrachtet ſich in mehrere Orte theilt, und daß man auf einem natürlichen Wege zu einer verhältnißmäßigen Theilung hinſichtlich des Fori kommt, wenn man dieſes ſich nach dem Ort richten läßt, wo jede der beiden Verbindlichkeiten zu erfüllen iſt (die Waare wird in Y abgeſandt und in X empfangen, mit der Zahlung des Geldes iſt es umgekehrt).

Entſchiede ſich aber auch das Recht in ganz Teutſchland und in allen ſeinen Theilen dafür, daß das Forum Contractus ſich allemal und unmittelbar lediglich nach dem Ort der Erfüllung zu richten habe; ſo würde unſre Frage damit nicht zu Grunde gehn; denn es lohnt ſich doch zu wiſſen, in welchem Augenblick hört aller Widerruf und alle Reue auf, und da wir in unſerm Recht keine Reue mehr geſtatten, wo nur immer ernſtlich contrahirt worden, ſo fällt jener Augenblick grade mit dem Augenblick, wo der Contract perfect geworden, zu-

3) Z. B. Gerichtsordnung der freien Hanſeſtadt Bremen. 1820. §. 340. a.

ſammen. Die Beantwortung der Frage wird aber dadurch erſchwert, daß ſich keine ſpecielle Beſtimmung über den Gegenſtand derſelben im gemeinen Recht findet. Dieſe Schwierigkeit läßt ſich aber nur dadurch heben, daß man dasjenige genau ins Auge faßt, was die im Recht begründeten Verhältniſſe mit ſich bringen.

Sehen wir uns nun den vorgelegten Fall an, ſo liegt uns ein Contract vor, der durch bloßen Conſens entſteht, es iſt zugleich ein Bilateralcontract, wo ſich die beiden Forderungen als Leiſtung und Gegenleiſtung bedingen. Ueber beide muß man ſich vereinigt haben, über die Waare, welche der Verkäufer, über das Pretium, welches der Käufer zu präſtiren haben ſoll; eher iſt kein Contract vorhanden, eher wird alſo auch aus dem Contract keine der Parteien verpflichtet, mithin erhält auch nicht früher die Verbindlichkeit hüben und drüben ein Daſeyn. Was iſt denn nun aber, damit Conſens ſey, erforderlich? Daß jeder zu derſelben Waare, zu demſelben Pretium ſich entſchließe, kann, obgleich es nöthig iſt, doch an und für ſich noch nicht hinreichend ſeyn, ſonſt würde ein ſolcher Entſchluß, ohne alle Unterhandlung, ohne alles Zuſammentreten der Beiden ſchon einen Contract conſtituiren können; denn warum ſollten ſie nicht ſchon zu allem dem voraus entſchloſſen ſeyn können, der Eine für ſo viel zu verkaufen der Andre für eben ſo viel zu kaufen? das iſt aber noch kein Handel. Wir denken uns alſo hier einen Proponenten, wie es gewöhnlich der Fall ſeyn wird, dieſer muß ſeine Bereitwilligkeit, für ſo und ſo viel zu kaufen oder zu verkaufen äußern. Nicht bloß in einem Innern muß der Entſchluß vor ſich gegangen ſeyn, aber auch nicht jede Aeußerung, z. B. gegen einen gleichgültigen Dritten, iſt hinreichend, ſondern es muß dadurch der Entſchluß an den Andern, der conſenſiren ſoll, gebracht worden ſeyn. Dieſer muß die Bereitwilligkeit erfahren. Damit iſt nun aber auch noch gar kein Contract geſchloſſen,

niemand wird verpflichtet, denn jeder soll aus Consens verpflichtet werden, und Consens ist hier noch gar nicht. Also muß der Andre sich noch erst entschließen, in die Proposition, wie sie gemacht worden — wenn keine weitern Tractaten gemacht werden sollen, was wir zur Vereinfachung der Sache voraussetzen — einzugehen. Bey diesem zweiten Entschluß ist es nun wieder nicht anders wie bey dem ersten. Es ist nicht genug, daß dieser im Innern vor sich gehe; wie könnte das? man contrahirt nicht mit Gedanken. Ein aufrichtiger Mann könnte das eingestehen, er sey schon damals fest entschlossen gewesen, habe aber noch nichts gesagt, nichts geschrieben, und niemand wird doch meinen, daß er schon damals aus dem proponirten Contract verpflichtet war. Geäußert muß also auch hier der Entschluß werden, aber wie? Sollte es wohl hinreichend seyn, daß er diesen Entschluß in sein Memorandenbuch eintrüge? Unmöglich; aber warum nicht? Weil niemand auf seine eigne Hand einen Contract abschließt. Dem muß vollkommen gleich stehn, wenn er einem Freunde seinen Entschluß anvertraut, der kein Mandatar weder von ihm noch von dem Proponenten ist. Wie wenn er nun aber den Brief niedergeschrieben hat, worin er dem Proponenten meldet, daß er seinen Vorschlag annehme? Ist das schon Contract? Gewiß nicht, obgleich er hier schon etwas gethan hat, den Andern von seiner Einwilligung zu benachrichtigen; aber immer nur deswegen nicht, weil der Andre so lange der Brief liegen bleibt, noch nichts erfahren kann, jener mag so fest entschlossen seyn wie er will, er ist nur immer noch auf seine eigne Hand entschlossen: man denke, er versiegelte den Brief, vergaß ihn aber abzusenden, er gab einem Boten den Brief, ihn auf die Post zu bringen, dieser verliert ihn aber: er hat noch immer nicht contrahirt, obgleich er schon einen oder zwey Schritte dem Endzweck, den Proponenten von seinem Entschluß zu benachrichtigen, näher gekommen ist. Ist nun aber der Brief wirklich auf

der Poſt angelangt, ſo iſt nicht abzuſehn, weshalb nun ſchon der Contract perfect, und der Abſender mehr verpflichtet ſeyn ſollte, als wie er nur noch einen Boten mit dem Briefe auf die Poſt geſandt hatte: er iſt nur wieder um einen Schritt ſeinem Endzweck näher gekommen, den Andern zu benachrichtigen, und ſo mit ihm abzuſchließen. Sollte es ihm nicht noch frey ſtehen, den Brief, den ſchriftlichen Entſchluß zurückzunehmen? Warum hier weniger, als wie der Brief, vielleicht ſchon verſiegelt, noch auf ſeinem Tiſch lag? er dem extraneus ſchon geſagt hatte, was darin ſtand? der Bote ſchon unterwegs war, ihn auf die Poſt zu tragen? oder ſollte er auch dieſen nicht mit dem Briefe zurückholen laſſen, und nun noch ſeinen Entſchluß durch Vernichtung des Briefes zurücknehmen können? Und wenn das; warum nicht auch von der Poſt? Von der Poſt ſind die Briefe nicht leicht wieder zu bekommen, nämlich wenn ſie einmal unterwegs ſind. Aber das iſt ein bloß faktiſches, nicht juriſtiſches Hinderniß, ſeinen Entſchluß zurückzunehmen, d. h. zu verhindern, daß er nicht an den Andern gelange. Oder ſoll es hier einen Unterſchied machen, ob die Poſt ſchon abgegangen iſt oder nicht? Kann er nicht die ſchon abgegangene überholen laſſen durch einen Expreſſen, der den Proponenten benachrichtige, daß wenn auch ein Brief des Inhalts an ihn kommen würde, er, der Briefſteller, doch nicht einwillige, da er ſich anders bedacht habe? Wie wenn dem Boten aufgetragen wurde, die ganze Reiſe zu machen, und den Brief dem Proponenten ſelbſt einzuhändigen, iſt hier noch Reue möglich, ſo lange dieß nicht geſchehen: ſteht dieſer Fall der abgefahrnen Poſt, oder dem abgegangenen Boten, der nur an dieſen abliefern ſollte gleich? Iſt das erſtre, ſo kann man noch fragen, ob das einen Unterſchied mache, ob der Proponent an demſelben Ort ſich aufhält, und nur durch Billets die Unterhandlung geſchieht? Oder ſoll man auch hier den Boten, der die gewierige Antwort von Haus zu Haus überbringen ſoll,

nicht zurückrufen, und ſo die Abſchließung verhindern dürfen? 4).

Vergleichen wir das noch mit einer mündlichen Abſchließung, die in Perſon und unter Gegenwärtigen geſchieht. Denken wir uns Einen, der gar kein Gehör hat, oder Einen, der unſere Sprache nicht verſteht, dieſer macht die Propoſition. Daß ſo lange wir nur noch in Gedanken entſchloſſen ſind, kein Contract entſtehen könne, wird niemand bezweifeln, und auch wohl, daß er dadurch nicht zu Stande komme, wenn wir einem gleichgültigen Dritten (nicht dem Dolmetſcher, oder einem von dem Tauben Befragten) entdecken, ins Ohr oder laut, daß wir entſchloſſen ſind, einzuſchlagen. Wir müſſen erſt einſchlagen, aber wie geſchieht das hier? Wenn ich einen Entſchluß niederſchrieb, iſt das genug? muß ich ihn nun dem Tauben hinreichen, oder bin ich ſchon gebunden ohne dieß? oder wenn ich ſchon die Hand mit der Schrift hinüberreiche, Jener hat aber noch nicht angefaßt, kann ich nun nicht mehr zurückziehn? Wenn ich dem Dolmetſcher ſchon ſagte, ich willige ein, dieſer zögert aber mit der Ueberſetzung, der Proponent hat aber noch nichts verſtanden, kann ich der Ueberſetzung nicht Einhalt thun, und meinen wirklich gefaßten Entſchluß zurücknehmen? Wer wird das hier und dort verneinen? Und iſt es denn damit im Weſentlichen anders, wie mit der Abſendung des Briefes? Kann denn die Größe der Räume, welche meine Antwort durchſtreichen muß, etwas entſcheiden?

4) Wenn die Phantaſie einmal dieſen Strich genommen; ſo wird ſie geneigt ſeyn, das heitre Geſchäft noch weiter zu treiben, und das Thema noch mehr zu zerſpalten. So könnte man noch ferner fragen: iſt es denn anders, wenn der Abſender ſeinem Abgeſandten keinen Brief mitgab, ſondern ihm mündlich ſeine Einwilligung zu überbringen auftrug? Kann er auch hier nicht ſeinen Auftrag, ſo lange er nicht ausgerichtet iſt, zurückrufen? Und iſt es wieder davon verſchieden, wenn dem Boten der Inhalt des Briefes bekannt gemacht wurde? Liegt alſo endlich etwas daran, ob dieſer den Inhalt kannte oder nicht? — Doch dabey wollen wir es bewenden laſſen, es iſt hier ein Leichtes ein Haar nach dem andern aus dem Pferdeſchweif zu ziehen, bis am Ende der nackte Stumpf übrig bleibt.

Wo denn überhaupt, mag schriftlich, mag mündlich verhandelt seyn, wo ist noch Reue zulässig und wo nimmt sie ein Ende?

Aus diesen Fragen und Zweifeln ist nicht anders herauszukommen, als daß man sich einen festen juristischen Begriff von Consensus bilde, wie er hier zu erfordern ist. Nach dem gemeinen Sprachgebrauch konnte man hier schon längstens, und in allen den vorgelegten Fällen, ja schon wenn der gemeinsame Entschluß nur noch in Gedanken, vielleicht auf beiden Seiten nur noch in Gedanken existirte, von einer beiderseitigen Einwilligung, einer übereinstimmenden Gesinnung, einem Consensus sprechen, ohne daß darum ein solcher Consensus schon zur Abschließung eines rechtlichen Verhältnisses hinreichen könnte. Wo ein Contractus oder auch nur ein Pactum entstehen soll, da muß ein Convenire geschehen, die Personen müssen zusammentreffen (coire) mit ihrem Consens, d. h. ein jeder muß nicht bloß einwilligen, sondern es auch von dem andern vernommen haben, daß und worin er einwillige; eher kann nicht das Bewußtseyn eines abgeschlossenen Contracts entstehen, eher ist denn auch keine Einverständniß, keine Uebereinkunft (conventio) vorhanden. Von keiner Seite muß nur noch privatim, oder wie man sagen kann, einhändig gehandelt worden seyn, sie müssen die Hände zusammengeschlagen haben, nur daß dieß auch longis manibus hier geschehen kann. Mit dieser Vorstellung stimmt denn auch L. 1. D. de pactis, wo im allgemeinen bestimmt werden soll, was pactum und conventio sey, wenn man die Stelle nur genauer ansieht, vollkommen überein, und die oben angeführten Beyspiele, in denen man, wenn man nur dem gesunden Menschenverstand folgen will, immer noch Möglichkeit der Reue, folglich keinen Contract annehmen wird, führen von selbst darauf. Ganz gewiß ist es auch grade so gemeint, wenn Voet Pand. Comm. V. 1. §. 75 sagt, der Contract entstehe da, »ubi litterae nego-

tium concludentes acceptatae sint«, oder wie es nachher heißt, in quo utriusque partis consensus *coniungitur*.« Also in dem Augenblick entstand der Contract, wo sich beide verständigten und übereinkamen. Dieses ist nun aber im vorliegenden Falle erst geschehen, wie der Brief in X ankam und von dem Kläger gelesen wurde; folglich hat auch die Verbindlichkeit des Beklagten aus dem Contract in X ihr Daseyn erlangt.

Man könnte hier folgenden Einwurf machen. Ist, sagt man, vor der Ankunft des Antwortschreibens der Contract überhaupt nicht entstanden, so konnte auch keine Verbindlichkeit daraus für den Proponenten (hier den Käufer) entstehn: was wegen der bilateralen Natur des Kaufs nur um so gewisser ist, da die Verbindlichkeit zu beiden Hauptprästationen hier immer zu gleicher Zeit entstehen muß. Nun können aber doch Fälle entstehen, wo der Proponent schon früher an sein Wort gebunden seyn muß, als der Acceptant ihm das seinige gegeben hat, in dem Sinne gegeben hat, daß er es nun auch schon wirklich dagegen empfangen hat. Zum Beyspiel der Proponent bietet den Kaufpreis an durch einen Brief, der Empfänger des Briefes antwortet ohne unverständiges Zögern, die Antwort geht ab; jetzt kommt aber ein neuer Brief, der sich mit dem abgegangenen kreuzte, an, worin die Proposition zurückgenommen wird. Hier ist schon Dissensus vorhanden, wie der einwilligende Brief anlangt. Soll denn nun hier der Käufer nicht an sein Wort gebunden seyn, obwohl der Verkäufer nun schon darauf rechnete und rechnen mußte, daß es bey dem vorgeschlagenen Kauf bleiben würde, vielleicht schon Anstalten zur Erfüllung von seiner Seite, Aufwendungen dazu gemacht hat u. s. w.? Ist aber gar kein Contract vorhanden vor dem Empfang der genehmigenden Artwort, so kann er auch nicht gebunden seyn.

Man kann die Billigkeit, daß er an sein einseitiges Wort, was doch fürwahr noch kein Contract seyn kann,

gebunden seyn müsse, im allgemeinen zugeben, und der aufgestellte juristische Begriff läßt sich doch immer noch retten. Zuerst, so wie der Consensus noch juristisch nichts ist, so lange er nicht erklärt, d. h. dem Beykommenden, was denn natürlich, auch ein Mandatar des Andern seyn kann, mitgetheilt worden ist, so daß dieser ihn begriffen hat; eben so ist auch ein Dissensus, der sonst etwas vermögte, doch ohne Wirkung, so lange er nicht in demselben Sinne erklärt ist. Folglich ist der genehmigende Brief eher zur Stelle gekommen, als der widerrufende, so ist der Widerruf für nichts. Dieser Fall ist auch wohl dem Fall der L. 17. §. 1. D. pro socio analog, wenn man es in diesen hineinzieht, da ein Brief mit der Aufkündigung abgesandt wurde, aber die Absicht des Briefstellers war, daß er jetzt schon, augenblicklich die Societät aufrufen wollte, gleichwie wenn er dieß in Abwesenheit des Andern bloß vor Zeugen that. Hier solle bis der andre die Aufkündigung erfahren, alle Gemeinschaft bleiben; bloß so weit sie dem Aufrufenden inzwischen neuen Gewinn bringen würde durch den Erwerb des Andern, soll sie nicht beachtet werden, denn dieser konnte ihm nicht aufgedrungen werden, und also auch er nicht hinterher noch ihn an sich ziehn. Er wollte etwas, was juristisch nicht thunlich war, so lange er seine Absicht dem Andern nicht verständlich gemacht hatte. Den Verlust, den er inzwischen selbst machte, muß er doch allein behalten, denn was hatte er noch Societätsgeschäfte gegen seinen eignen wenn auch nur einseitig erklärten Willen zu machen? Anders natürlich, wenn die Meinung des Briefes die war, — und dieß muß natürlich immer präsumirt werden — daß die Societät erst aufgerufen seyn solle beym Empfang desselben, denn da theilt er inzwischen gemachten fremden Gewinn und eignen Verlust so gut als fremden Verlust und eignen Gewinn.

Aber es kann sich auch zutragen, daß von den sich im Lauf durchkreuzenden Briefen der widerrufende zuerst ankommt,

und daß doch jene Billigkeit eintritt. Wo dieſe denn wirklich vorhanden iſt, da läßt ſich freilich die Conſequenz nicht rein durchführen, ohne den Verhältniſſen unnatürlich Gewalt zu thun; aber hier iſt auch kein Hinderniß, den Widerruf gar nicht zu beachten, allein ſchon deswegen, weil es contra bonam fidem ſeyn würde, wenn ſich der Proponent darauf berufen wollte. Man kann das ſo ausdrücken: propter aequitatem wird der Diſſenſus als nicht vorhanden fingirt, der doch wirklich vorhanden war, und ſo kommt der Contract in dem Augenblick zu Stande, wo der Conſens des Acceptirenden anlangt. Eine ſo natürliche Fiction würden die römiſchen Juriſten ohne Bedenken ſich erlaubt haben; weswegen ſollten wir, gewiſſermaaßen vom geſchriebenen Recht verlaſſen, ſie uns nicht erlauben? In der Sache wird nichts geändert, und der Grundbegriff dabey aufrecht erhalten, ſtatt daß die Gegner ihn ſchon von Grund aus verlaſſen, und überall gar keinen haben, und ſchon von vorne herein ohne Halt und Conſequenz ſind.

Denken wir uns noch endlich den Fall ſo: der Verkäufer, wie der proponirende Brief ankam, hatte die Waare nicht ſelbſt, er zieht aber eilig Erkundigung ein und kauft ſie dann gleich von dem Dritten zu einem ungemeinen Preis, den aber jener gut geheißen hat, oder macht um der Beſtellung zu genügen, andern Aufwand, und der ihm nicht ſchon durch das Behalten der Waare erſetzt iſt. Er will nun ſchreiben und verſenden; jetzt kommt ſchon der Brief, der die Sendung abbeſtellen ſoll. Hier iſt gewiß noch kein Kauf zu Stande gekommen; aber der Beſteller muß ohne Zweifel, wenn er die Waare nicht nehmen will, jenen Aufwand erſetzen, ſo weit die Waare ihn nicht deckt. In dem vorigen Fall kann die Actio venditi gegeben werden wegen der Fiction, ſie geht aber auch auf alles Intereſſe, wohin denn auch die erlaubten Vortheile gehören, die dem Käufer der Handel gewährt. Hier iſt die Fiction ganz unzuläſſig; denn

um jenen Schaden zu beſeitigen, genügt es, eine actio doli oder in factum zu geben.

Auch dieß läst ſich durch eine von den Innominat-Contracten im römiſchen Recht hergenommene Analogie rechtfertigen. Bey dieſen bekanntlich wurde nur der, dem die Nachleiſtung oblag, obligirt, der Vorleiſtende war gar nicht gebunden; ſo lange noch nicht die Nachleiſtung erfolgt, alſo alles erfüllt und abgethan war, konnte er aus bloßer Reue das Gegebene zurückfordern. Dennoch mußte er den durch ſeine Vorleiſtung veranlaßten Aufwand erſtatten,

L. 5. pr. D. de condictione causa data,

worauf ohne Zweifel eine Exceptio doli oder in factum gegen die Condictio, und auch wohl erforderlichen Falls eine Actio, die nur keine Contractsklage war, gegeben wurde, »ut indemnitas tibi praestetur eius quod expendisti.» Immer, verſteht ſich, wird in allen ſolchen Fällen vorausgeſetzt, daß der Kläger nicht durch eine verhältnißmäßige Zögerung oder ſonſt eine Schuld den Widerruf oder den Schaden herbeygezogen hat; und ſo iſt hier alles immer ex aequo et bono zu beurtheilen.

Miſcellen.

Von

Puchta.

1.

L. 14. de testam. tut.

Die Worte, welche Marcian von dem Tutor gebraucht: quia personae, non rei vel causae datur, ſind in unſeren Tagen eben ſo fein ausgelegt worden, und haben zu ſo lehrreichen Bemerkungen über den Character der Tutel im Gegenſatz zur Cura Veranlaſſung gegeben, als ſie früherhin gröblich mißverſtanden und zur Unterſtützung einer ganz unrichtigen Theorie gebraucht wurden. Nach jener neueren Interpretation ſollen ſie dieß ausdrücken, daß der Tutor die Perſönlichkeit des Pupillen ergänze, ſein Amt daher nicht auf einzelne Rechtsverhältniſſe deſſelben beſchränkt werden könne [1]). Ich finde, daß Einige durch dieſe Erklärung die Fälle, wo Tutoren für einzelne Verhältniſſe und Geſchäfte vorkommen [2]), als Anomalien zu betrachten verführt worden ſind, als welche ſie im römiſchen Recht nicht erſcheinen. Aber der Widerſpruch, in welchem unſere Stelle mit dieſen Fällen zu ſtehen ſcheint, läßt ſich im Geiſte jener Erklärung ganz anders beſeitigen. Denn auch in ſolchen Fällen wird der Tutor doch gewiſſermaßen für die ganze Perſönlichkeit gegeben, nur daß ihn die wirkliche Ausübung ſeiner Thätigkeit auf ein Geſchäft beſchränkt und er dann wieder entlaſſen iſt.

1) Savigny vom Beruf S. 104.
2) S. z. B. Cajus 1. 170–184. und die Stellen bey Glück Com. Th. 29. §. 1302.

Ich habe dieſe neuere Erklärung fein genannt; natürlich kann ſie niemand nennen. Ja, ſie iſt nur dadurch mit den Worten ſelbſt zu vereinigen, daß man dem Juriſten Gedanken unterſchiebt, die er nur ſehr unvollkommen ausgedrückt, von denen er das beſte bey ſich behalten hätte. Denn tutor personae non rei vel causae datur, heißt an ſich offenbar nichts anderes als: er wird nicht für einen einzelnen Gegenſtand ein einzelnes Geſchäft (z. B. zur Antretung einer Erbſchaft, dotis constituendae gratia) gegeben, ſondern der Perſon überhaupt den Gegenſatz zu dem einzelnen Geſchäft, der durch das Wort persona ausgedrückt werden ſoll, bildet nicht die »Perſönlichkeit,« denn dieſe wird auch bey dem einzelnen Geſchäft erzeugt, ſondern: die ganze Perſon mit allen ihren Geſchäften, wozu ſie eines Tutors bedarf.

Hierdurch iſt ſowohl die alte Erklärungsart, wonach der Tutor der Perſon und nicht dem Vermögen gegeben wurde, als die neue, von welcher eben die Rede war, abgewendet. Es kommt nun aber noch darauf an, auch den Widerſpruch mit den Stellen, die einen Tutor für eine certa res vel causa zulaſſen, zu beſeitigen. Dieß geſchieht vollkommen, wenn man die Stelle, ſo wie es der Zuſammenhang in den Pandekten fordert, von dem teſtamentariſchen Tutor verſteht. Denn L. 12—14. de testam. tut. zuſammengenommen, wie ſie auch wirklich zuſammen Eine Periode bilden, ſagen: Certarum rerum vel causarum *testamento* tutor dari non potest, nec deductis rebus, et si datus fuerit, tota datio nihil valebit, quia personae, non rei vel causae datur (sc. testamentarius tutor). Nur von der Obrigkeit kann ein Tutor certae rei vel causae gegeben werden.

Dieſer Satz iſt auch in die Inſtitutionen Tit. qui testamento tutores dari possunt §. 4. übertragen worden: Certae autem rei vel causae tutor dari non potest: quia personae, non causae vel rei datur. Auch hier iſt die Aeußerung auf das testamento dare, wovon der Titel, und die vorher-

gehenden §§. handeln, mit denen ſie durch das autem in Verbindung gebracht wird, zu beſchränken [3]).

2.

Trans tiberim.

Gellius erwähnt als eine Beſtimmung der zwölf Tafeln, daß der Judicatus nach Erſcheinung der dritten Nundinä ſo gänzlich dem Gläubiger verfallen ſeyn ſollte, daß ihn derſelbe entweder tödten oder über die Tiber in die Fremde verkaufen konnte. »Tertiis autem nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant.« Daß hiermit ein Verkauf an Peregrinen gemeint iſt, ſpricht das hinzugeſetzte Wort peregre ſelbſt aus. Es iſt dieß eine Beſtätigung der Anſicht, die ich an einem andern Orte (Gewohnheitsr. 1r Theil S. 25—27.) ausgeſprochen habe, daß nämlich ſchon in der älteſten Zeit die Nachbaren Roms links der Tiber, die Latinen, privatrechtlich nicht als Peregrinen angeſehen wurden, daß vielmehr damals ſchon, durch das latiniſche Volk, das Mittelglied zwiſchen Civität und Peregrinität, welches den Namen Latinus trägt, ſich gebildet hatte. Peregrinen, angränzende nämlich, mußten über dem Fluß geſucht werden, und ſo wurde trans tiberim und peregre im allgemeinen gleichbedeutend, wenn gleich es auch dort Städte gab, welche, aber nur ausnahmsweiſe, nicht peregriniſche waren. — Aber, fragt ſich, warum überhaupt dieſe Beſtimmung, dieſer Verkauf gerade an Peregrinen? Meines Erachtens hat dieß folgenden Grund. Der Judicatus ſollte nach Ablauf der ver-

3) Die Paraphraſe des Theophilus könnte zu einer größeren Ausdehnung, wenigſtens des zweiten Satzes verleiten. Sie lautet in der Ueberſetzung: Certae tamen rei vel certae causae tutorem relinquere (καταλιμπανειν) non possumus, veluti ille tutor esto in hoc fundo aut in hac lite. Personae enim tutor, non causae vel rei dari (διδοσθαι) consuevit. Während er den erſten Satz durch das Beiſpiel und das für dare gebrauchte Wort noch deutlicher als der Text auf das testamento dare bezieht, wählt er bey dem zweiten das unbeſtimmtere Wort. Aber wenn dieſes ein Grund ſeyn ſollte, ſo mußte das zweitemal καταλιμπανειν ſtyliſtiſch eben ſo gut ſtehen können, als der veränderte Ausdruck; dieß iſt jedoch nicht der Fall.

ſtatteten Friſt ſein Caput verlieren, aus der römiſchen Staats- und Rechtsverbindung völlig ausgeſchieden werden. Dieß konnte vor allem freilich durch den Tod geſchehen, aber damit war dem Gläubiger nicht geholfen. Man mußte dieſem geſtatten, den Schuldner zu verkaufen, und aus dem Erlös wenigſtens einen Theil ſeiner Befriedigung zu ſuchen. Und wenn der Schuldner durch den Verkauf Sclave wurde, ſo war ja jener Zweck eben ſo gut erreicht, der Verluſt des Caput eben ſo wie durch den Tod eingetreten. Die Aufgabe war nur, den Verkauf ſo einzurichten, daß der Verkaufte Sclave wurde. Verkaufte der Gläubiger den Schuldner und bisherigen Civis an eine Perſon, mit welcher Commercium war, ſo konnte dieß nur durch Mancipation geſchehen, und der Verkaufte kam dadurch ins Mancipium, niemals in die Sclaverey. In dieſe letztere konnte er nur durch den Verkauf an Peregrinen kommen, und hier half ihm auch kein Poſtliminium, wenn er auf irgend eine Weiſe aus der Gewalt des Käufers loskam (Cic. de orat. I. 40.) — So erklärt ſich alſo jene Verfügung der Zwölf Tafeln.

3.

Ueber eine Stelle des Cato bey Gellius X. 23.

Cato ſagte in ſeiner Oratio de dote: Vir cum devortium fecit, mulieri judex pro censore est, imperium quod videtur habet, si quid perverse tetreque factum est a muliere mulctatur, si vinum bibit, si cum alieno viro probri quid fecit condemnatur. Von dieſer früher gewöhnlich mißverſtandenen Stelle iſt im Muſeum 2. Jahrg. 1. Heft S. 106. ff. eine richtige Erklärung mitgetheilt, und näher ausgeführt und begründet worden. Was ich noch hinzufügen möchte, iſt vergleichungsweiſe unbedeutend, vielleicht aber für das vollkommene Verſtändniß jener Worte doch nicht ohne Intereſſe.

Die Wortſtellung vir cum divortium fecit, mulieri etc. deutet darauf hin, daß Cato in dem vorausgehenden Satz

von dem Fall ſprach, wenn die Frau ſich ſchied, was Gellius als nicht zu ſeinem Gegenſtand gehörig weggelaſſen hat. Cato hatte wahrſcheinlich geſagt: wenn die Frau veranlaßt wird, ſich zu ſcheiden, ſo rügt der Cenſor die Vergehen des Mannes, welche die Veranlaſſung gegeben haben. Scheidet ſich der Mann, ſo iſt der Judex (bey der Dotalklage) anſtatt des Cenſors. Dieſe Vergleichung wird mit altväteriſchem, catoniſchem Witze fortgeſetzt: der Judex hat auch ein Imperium, das imperium »quod videtur« (man denke an die Solennität videri in den Ausſprüchen der Judices [4]), und wenn wir dasjenige beſäßen, was Cato über den erſten Fall geſagt, ſo würden wahrſcheinlich auch die Ausdrücke mulctatur und condemnatur als ſolche Parodien der früheren Rede erſcheinen.

4) z. B. *Cic.* academ. in Lucull. c. 47. in. f.

Zur Pandektenkritik.

(Zweiter Beitrag.)

von

Blume.

---

l. 14. §. 1. de noxalibus (Ulp. lib. XVIII. ad edictum.

Sed etsi statuliber sit, et ante deditionem extiterit conditio (vel) per fideicommissum libertas fuerit ante praestita, vel existente conditione legati dominium fuerit translatum, arbitrio iudicis absolui eum oportet. *Et officii iudicis hoc quoque erit, ut caueatur ei, cui deditur, ob euictionem ob suum factum contingentem.*

Man mag nun bei der florentiniſchen Lesart ſtehen bleiben, oder das zweite *ob* mit andern Handſchriften weglaſſen, oder mit Haloander *de* euictione ob s. f. contingente leſen; immer behalten die Worte *suum factum* etwas Räthſelhaftes. Die meiſten Erklärer ſcheinen — denn alle haben die Stelle nach dem Beiſpiel der Gloſſe ſehr kurz behandelt — *factum* für Handlung zu nehmen. »Si forte eum pignorauerit«, iſt Alles, was *Accursius* hinzufügt. Allein dann müſte der Konſtrukzion zufolge eine Handlung des neuen Beſitzers gemeint ſein, was doch ein ganz abſurdes Reſultat gäbe. Von einer Handlung des Sklaven kann auch nicht die Rede ſeyn, weil erſt eben vorher (fr. 14 pr.) ausdrücklich geſagt worden iſt, der alte Beſitzer brauche um mehrfacher Delikte ſeiner Sklaven willen keine mehrfache Verantwortlichkeit zu übernehmen, wenn er nur einmal ſich der noxae datio bediene, und weil Noxalklagen niemals zur Evikzion gerechnet werden. Es bleibt alſo nur übrig, an eine Handlung des Vorbeſitzers zu denken, d. h. dieſen gewaltſam in

den Satz hineinzuziehen. Aber wie käme der Richter dazu, die Verantwortlichkeit des Vorbesitzers ohne ganz besondre Gründe auf den Fall einer selbstverschuldeten Evikzion zu beschränken? Dem römischen Recht ist eine solche Einschränkung überhaupt unbekannt, im französischen kommt sie vor, aber nur im Wege des Vertrages. Wer eine Evikzion erleidet, dem ist die Ursache derselben ziemlich gleichgültig; es ist genug, daß ihn sein Vorbesitzer, absichtlich oder nicht getäuscht hat.

Dazu kommt nun noch, daß factum als Substantiv nicht nach, sondern vor dem Pronomen zu stehen pflegt, wenigstens bei den Juristen fast ohne Ausnahme. Hinter *suum* bleibt es in der Regel ein gewöhnliches Particip, so daß es nichts weiter bedeutet als das (der) Sein gewordene, also in unserer Stelle: der durch noxae datio neu erworbene Sklave. Diese Bedeutung halte ich nun auch für die einzig richtige, weil die scheinbare Dunkelheit des Worts dann durch eine ganz einfache und unbedenkliche Geminazion völlig gehoben werden kann. Ich lese: *seruum* suum factum; denn das Wort *seruum* ward bis auf Justinian ganz wie *suum*, nur mit einem leichten Querstrich mehr durch das *s* (= *uum*) geschrieben. (S. *Magno*, bei Gothofred col. 1494). Ob aber Justinian's Kompilatoren selber, oder ihre Schreiber das Wort übersehen haben, wäre thöricht zu untersuchen; nur das verdient noch bemerkt zu werden, daß bei dieser Verbesserung auch das zweite schleppende *ob* ganz entbehrlich wird.

Ueber eine juriſtiſche Bibliothek und die Preiſe juriſtiſcher Bücher im vierzehnten Jahrhunderte.

Zu Savigny's Rechtsgeſchichte III, 553—559, und zu meinem Iter Italicum II, 94.

von

Demſelben.

In dem Kapitular-Archive zu Lucca befindet ſich ein nachläſſig geführtes Regeſtum, welches mit dem J. 1346. zu beginnen ſcheint. Es iſt eine Papierhandſchrift im ſchmalſten Kleinfolio, zum Pluteus XI gehörig, gezeichnet V+2. Gegen die Mitte dieſes Buches fand ich einige Urkunden über den Nachlaß eines Geiſtlichen, Petrus Vitalis. Er war Primiſerius in Lucca, Kanonikus in Piſa, vielleicht auch nuntius apostolicus für Toskana; ſein mäſſiges Vermögen war meiſt durch eignen Fleiß erworben. Sehr alt ſcheint er nicht geworden zu ſeyn; denn Eltern und Brüder ſollten ihn beerben. Er hatte am 18. Mai 1348 ein eigenhändiges Inventarium ſeiner Güter aufgeſezt und darauf ein Teſtament errichtet, am 15. September 1349 war er ſchon geſtorben, und Bernardus Vitalis de Monte Albano ward in den Beſiz ſeiner Güter geſetzt.

Jenes Inventarium iſt ſchon ſeiner Sprache wegen nicht ganz unerheblich. Auſſer bekannteren Ausdrücken, wie extimus (stima, Taxe), archibancus (Schrank), tobaliae (Ueberzüge), expectare (für spectare, zugehören), enthält es auch das Wort maseritiae (»Habeo in florentia omnes maseritias, quas dimisit dominus Iohannes«). Du Cange kennt nur

maserica; hier haben wir ſchon das italieniſche massarizie, Hausrath.

Das wichtigſte bleibt aber die Bibliothek, auf die auch Petrus am meiſten gehalten zu haben ſcheint. Sie nennt er zuerſt, und ſeinem Teſtamente ſollte noch einmal ein Verzeichniß ſeiner Bücher angehängt werden. Freilich waren es nur zwanzig juriſtiſche Handſchriften, aber ſelbſt Cynus hatte doch eilf Jahre früher nur vierzehn hinterlaſſen. Der Erbe erhielt nur ſechzehn Bände; alſo müſſen vier ſich verloren haben. Jenes Verzeichniß lautet ſo [1]):

(Habeo) In primis totum corpus Juris ciuilis uidelicet digestum vetus. digestum novum. Codicem. Infortiatum et Volumen nec non Speculum. Qui libri depositati fuerunt per magistrum Johannem de Sarzana [2]) notarium [3]) meum, excepto Volumine quod habeo in Florentia, penes Jacobum de Ronciniis mercatorem de Luca. et sub certo extimo dati et traditi Jacobo antedicto. habeo et eciam alios libros iuris canonici, uidelicet unum decretum precii L. florenorum. decretales precii XXX. florenorum. Alias decretales precii XL. florenorum. Sextum precii XX. florenorum cum repertorio in eodem volumine. Ignocentium [4]) precii XX. florenorum. Novellam precii LXXX. florenorum. Clementinas cuam paratu Johannis andree pretii VIII. florenorum. Alias Clementinas cum eodem aparatu, set parte glose a textu in eodem libri volumine [5]) precii IIII. florenorum. primam partem lecture Ostiensis pretii XVI. florenorum. lecturam abbatis pretii V. florenorum. Et quasdam alias lecturas et libros Juris canonici precii XX. florenorum. Habeo etiam pro maiori parte lecturam archi-

1) Ich habe mir keine Aenderung erlaubt, als die Auflöſung der ſehr zahlreichen Abbreviaturen, und das Einfügen einiger Kommata.
2) Die Handſchrift hat Sazana.
3) Die Handſ. hat. not.
4) Wohl der apparatus domini Innocentii.
5) Hier ſcheint ein Wort zu fehlen. Für *libri* kann ich nicht einſtehen; die Hdſ. hatte *lii* oder *tii*.

dyaconi super decreto pretii XXX florenorum. Habeo eciam duos libros, unum formularium processuum, alium lecturarum pretii III. florenorum. Maiorem partem istorum librorum habeo in Florentia, ut in fine dicti testamenti aparet in inuentario scripto manu mea.

Von diesem Inventarium, welches zuletzt erwähnt wird, stehen im Regestum nur folgende Eingangsworte: »inuentarium de libris quos habui de Luca et nunc sunt in florentia. Isti sunt libri quos habeo in florentia.« Das Uebrige hat der Abschreiber weggelassen.

Schon darin liegt nun etwas Auffallendes, daß nur bei den Kanonischen, nicht bey den römischen Rechtsbüchern der Preis angegeben ist. Jene waren dem Testirer so wenig zur Hand, als diese, wenigstens dem größeren Theile nach; eher möchte also der Grund darin liegen, daß das Corpus iuris civilis schon länger einen mehr feststehenden und allgemein bekannten Preis hatte, als die neueren Schriften über kanonisches Recht. — Dann aber läßt sich ferner nicht verkennen, daß unser Petrus seine Bücher ziemlich theuer gekauft hat. Auch dürfte bey dem Apparat des Andreä, und ähnlichen Werken, die damals das Neueste in der juristischen Literatur waren, der hohe Preis wenig befremden; aber ein Dekret zu 50 Goldgulden (beinahe 100 Thaler) und Dekretalen zu 30 und 40 Goldgulden, bleiben im Vergleich zu Digesten und Codex, von denen jeder Band im Durchschnitt noch nicht 25 Goldgulden zu kosten pflegte, sehr theuer bezahlt. Das Dekret hatte 47 Pezien Text und 30 Pezien Apparatus, zusammen 77; das Digestum vetus 30 Pezien Text und 42 Pezien Apparatus, also fast eben so viel Umfang wie jenes. Nimmt man nun hinzu, daß Odofredus im J. 1256, (freilich hundert Jahre früher!) ein Dekret mit vollständigem Apparatus fast noch einmal so theuer (mit 191 Thlr.) gekauft hatte, so möchte man beinahe vermuthen, die Handschriften des kanonischen Rechts seien überhaupt besser bezahlt worden, als

die des römiſchen Rechts. Vielleicht waren nicht ſo leicht fertige Abſchriften zu haben, und eine ganz neue Abſchrift würde doch immer noch mehr gekoſtet haben. Daß einmal im J. 1262 ein Dekret zu 12, und Dekretalen zu 10 Lire taxirt wurden, kann hier gar nicht in Betracht kommen, weil dieſer Preis ſo ungewöhnlich niedrig iſt, daß er ſich nur aus irgend einem beſondern Umſtand, vielleicht der ſehr ſchlechten Beſchaffenheit der Bücher erklären läßt.

Ueber den Beweis der Servituten-Erſitzung

von

Haſſe.

Ueber dieſen Gegenſtand, oder eigentlich über die Erforderniſſe dieſer Erſitzung und deren Beweis findet ſich eine ausführliche Abhandlung im Archiv für die civiliſtiſche Praxis B. 4. no. II. (1821) und darunter viele Noten von der damaligen in Heidelberg gegenwärtigen Redaction. Unmöglich kann dieſer Text mit ſeinen Noten [1]) eine neue Erörterung überflüſſig machen, und mehr als ein hier im Spruchcollegium vorgekommener Fall hat gezeigt, wie ſehr es für Theorie und Praxis Bedürfniß iſt, daß das Nachdenken wiederholt hierauf gerichtet werde. Wenn ich nun mein Thema auf den Beweis der Erſitzung beſchränkt habe, ſo werde ich

1) Das Verhältniß der Noten zu dem Text iſt merkwürdig, und mag dem Verfaſſer des Aufſatzes, der von legislativen Geſichtspunkten ausging, und in manchem doch ſehr Recht hatte, wenig Freude gemacht haben; es iſt aber auch nicht dazu geeignet, einem Dritten viel Belehrung zu gewähren. Die beiden Redner gerathen jeden Augenblick in die entgegengeſetzten Extreme, zumal der Redner unten iſt mit Uebertreibungen ſehr freygebig, und dabey ſeiner Sache vollkommen gewiß. Es iſt daher kein Wunder, daß ſie zuweilen von ganz verſchiedenen Dingen ſprechen. Um doch gleich eine Probe von der Schreibart der Noten zu geben: der Verfaſſer des Textes ſpricht S. 104. »von der Mißlichkeit, in ſolchen Servitutenſachen, zumal wenn noch ſtreitig ſey, ob die ſervitutiſche Handlung als Servitut ausgeübt worden, zu viel Gewicht auf die Auſſage von Zeugen zu legen, indem er aus ſeinem legislativen Geſichtspunkt dieß angeſehn, der Fähigkeit und Gewiſſenhaftigkeit der Richter, und Zeugen freilich eher zu wenig als zu viel vertrauen mag, und meint, die Zeugen kämen leicht dazu, falſche Schlüſſe zu machen, und die Richter, dieſen einen ungebührlichen Werth beyzulegen. Darauf entgegnet aus dem poſitiven gemeinen deutſchen Recht die Note 42: »Nein! ſchließen — urtheilen — ſoll und darf kein Zeuge — ſein Schluß — ſein Urtheil — iſt dem teutſchen Recht — eine Nulle.« daß der Richter dahin trachten muß, das Zeugniß auf ſo ſpezielle und ſo concludente Thatſachen, als es nur ſeyn kann, und der Zeuge ſelbſt wahrgenommen zu haben erinnert, hinzuleiten, wird niemand beſtreiten; ich möchte aber doch wiſſen, wie der Redner ſelbſt es mit Teſtamentszeugen, die über den Gemüthszuſtand des Teſtators, und ob er gehörig bey Verſtande geweſen, aus-

es doch nicht vermeiden können, auch zugleich über die Requisite derselben meine Meinung vorzulegen. Das Thema zerfällt ja auch in die zwey Theile: 1) was ist zu beweisen, und 2) wer hat es zu beweisen? Wäre man nun unter den heutigen Juristen darüber einverstanden, welche Thatsachen erfodert werden, um eine vollzogene Servituten-Ersitzung anzunehmen; so könnte man auf die erste Frage mit der einfachen Antwort auskommen: die Requisite sind zu erweisen. Das ist nun aber nicht so; indeß läßt sich ungeachtet der lebhaften Dispute, die über alles dieß noch in neuester Zeit mit mehr oder minder Glück geführt worden, das was man als entschieden und gewiß anzusehen hat, von dem, was noch streitig ist, absondern; und so ergiebt sich die natürliche Beschränkung für diesen Aufsatz, daß wir über das Erstere kürzer seyn können. Hinsichtlich des Letztern dagegen, wird es grade unsere Aufgabe seyn, in die Natur des angeblichen oder wirklichen Requisits tiefer einzudringen, da von dieser wieder die Beurtheilung des Beweises abhängt. Rein aus einander läßt sich das nicht halten, aber es darf auch nicht, wie in mancher neuern Schrift geschehen ist, vermengt und verwechselt werden: man soll es trennen, um es desto enger wieder zu verbinden.

Zur Anschaulichkeit wollen wir ein paar Fälle vor uns legen, die bey unserm Collegium zum Spruch gestanden haben.

zusagen hätten, und in so manchen andern Fällen, wo die Zeugen die besondern Thatsachen nicht, wohl aber eine resultirende Thatsache mit Bestimmtheit erinnern, würde gehalten haben. Sollte man glauben, daß hier ein als Praktiker angesehener Mann sprach, und wer es erführe, was müste er davon denken? Wie ganz anders lauten die Worte in B. V. S. 98. ꝛc. derselben Zeitschrift, wo freilich die Kehrseite nicht verabsäumt wird. Seit diesem Bande ist die am Ort gegenwärtige Redaction eine andre geworden, und nun haben die unzeitigen Noten ganz aufgehört, obgleich sie sonst gewiß nun geschickter und geschmackvoller ausgefallen wären. Es ist aber stets zu bedauern, daß jener Aufsatz, der praktisch viel bedeutende Punkte mit mehr Verstand und Unbefangenheit, als gemeinhin zu erwarten steht, zur Sprache brachte, so entstellt worden ist, und wie der Falke bei einer Reiherbeize in der Luft schwebend seinen Feind, der ihn durchbohren will, immer unter sich hat.

Da ich ſie aus dem Gedächtniß niederſchreibe, ſo kann ich für die Identität der Nebenumſtände grade nicht einſtehen, in den weſentlicheren Dingen ſtimmen ſie aber mit den Akten überein.

Erſter Fall.

A hatte zu gewiſſen Zeiten im Jahr in einem Gebüſch kurzes Holz zu fällen, um dieß auf einer Schubkarre nach ſeiner Hofſtelle zu bringen. Zwiſchen dieſer und dem Gebüſch befand ſich eine Wieſe ſeines Nachbarn B, über welche ein Fußweg dahin führte. Dieſen Fußweg benutzte A wiederholt zu dieſem Zwecke, und fuhr mit ſeiner Schubkarre hinüber, und holte ſich Buſch, da er ſonſt einen weiten Umweg hätte machen müſſen. Das erweckte einen Rechtsſtreit, da in der Folge B dieß nicht leiden wollte. A behauptete dieß lange Zeit und viele Jahre lang gethan zu haben, in dem Gedanken, daß er dieß als ein altes Recht ſeiner Hofſtelle ausübe. Der Gedanke, daß er ein ſolches Recht ausüben wollte und die Anmaßung ward ihm nicht beſtritten, wohl aber die Wirklichkeit des Rechts auf alle Weiſe, und ſo insbeſondere, daß, wie er behauptete, er durch ſeine und ſeiner Vorweſer Handlungen die Servitut verjährungsweiſe könne erworben haben. B hatte in der Zwiſchenzeit ſein Grundſtück mit der Wieſe verpachtet gehabt; aber man konnte nicht annehmen, daß er absens war, denn ſein Aufenthalt war in demſelben Lande, in derſelben Provinz wollen wir ſagen. Die Entſcheidung war nun darauf geſtellt, was außer der Ausübung des Rechts an ſich, noch an Zeitdauer und ſonſt erfoderlich geweſen, damit die Servitut durch Verjährung erworben würde, und was demnach derjenige, welcher ſich auf dieſe berief, zu beweiſen hätte.

Zweiter Fall.

In einer Stadt wohnte N neben P. Zwiſchen ihren Häuſern befand ſich ein geräumiger Hof, der dem P allein gehörte. N hatte eine Weberwerkſtatt, die nach dem Hofe hin Fenſter hatte, und von dieſer Seite her großen Theils ihr

Licht empfing. Vor reichlich zehn Jahren hatte einmal P auf ſeinem Hofe ein neues Gebäude aufführen wollen, ſo nahe an der Werkſtatt des N, daß ſeine Weberſtühle dadurch wären verdunkelt worden. Sie hatten ſich darüber verunein igt, indem N das Recht behauptete zu verlangen, daß P mit dem Bau ſeinen Fenſtern nicht ſo nahe komme, daß er ihm das Licht benehme, P aber von dieſem Recht nichts wiſſen wollte. Da indeß Andre, die bey dem friedlichen Ausgang intereſſirt waren, ſich dazwiſchen gelegt, hatte P damals erklärt, wenn auch N kein Recht hätte, es zu verlangen, ſo wolle er doch ſchon aus nachbarlicher Gefälligkeit ſeinen Bau weiter wegrücken. Das hatte er gethan, ohne daß erhellte, oder nur behauptet wurde, daß N auf jene Erklärung ſeines Nachbarn etwas erwidert habe. Nach Verlauf der zehn Jahre, worin dieſer Zuſtand fortgedauert hatte, fing der gegenwärtige Beſitzer — denn es war inzwiſchen Haus und Hof des P an einen Dritten, den wir O nennen wollen, veräußert worden — damit an, jenes Gebäude zu erweitern und es ſo in die Nähe der Fenſter des N zu bringen. Dieſer klagte gegen ihn aus der Servitus ne luminibus officiatur, und wollte, da er keinen andern Erwerbstitel nachweiſen konnte, dieſe durch Verjährung erworben haben, indem zufolge ſeines vor zehn Jahren eingelegten Widerſpruchs inzwiſchen nicht auf eine ihm hinderliche Weiſe gebaut worden wäre. Die Frage entſtand nun: war hier überhaupt ein Beſitz, war einer gegen den O vorhanden, der von dem frühern Vorgang nichts zu wiſſen vorgab, konnte der Titel entbehrt werden, und war nicht dieſer Beſitz auf jeden Fall ein durch Vergünſtigung entſtandener precärer, alſo ſich zu keiner Erſitzung eignender Beſitz?

Sehen wir nun auf die Erfoderniſſe der Servituten-Erſitzung überhaupt, ſo iſt ſo viel wohl unbeſtritten, daß der dazu nöthige Beſitz in der Ausübung der Thatſachen, die den Stoff der Servitut ausmachen ſollen, und der ununter-

brochen fortwährenden Möglichkeit dieſer Ausübung beſteht. Wie der eigentliche Beſitzer die körperliche Sache und ſomit die Ausübung der Herrſchaft des Eigenthums an derſelben in ſeiner Gewalt hat; ſo hat der Quaſibeſitzer das Recht ſelbſt, die unkörperliche Sache nach römiſcher Vorſtellung, in ſeiner Gewalt, indem er der dazu gehörigen Facta mächtig iſt. Daß dieß hier zuweilen beſonders ſchwierig zu erkennen iſt und daß eben deshalb in vielen Fällen von Zeit zu Zeit eine Wiederholung der Ausübung nöthig iſt, daß man auch darüber oft zweifelhaft ſeyn kann, ob der Ausübende bey der Vornahme der Handlungen, was doch natürlich nicht entbehrt werden kann, an das Recht gedacht habe, was er nun durch Erſitzung will erworben haben, endlich daß dieß alles bey den verſchiedenen Servitutarten einen verſchiedenen Charakter annimmt, — iſt gewiß, und auch wohl im Allgemeinen nie verkannt worden; jedennoch war es von dem Verfaſſer des erwähnten Aufſatzes im Archiv f. d. C. P. verdienſtlich, daß er darauf mehr im Detail von neuem aufmerkſam machte, wenn auch ſeine Schlüſſe daraus nicht ſchlechthin zu billigen ſind.

Ferner können wir uns nun darüber auch wohl beruhigen, daß die Zeit, durch welche dieſer Quaſibeſitz muß fortgedauert haben, ordentlicher Weiſe keine andre iſt, als die von zehn Jahren unter Anweſenden, von zwanzig Jahren unter Abweſenden. Es iſt freilich dieſem Dogma noch vor etwa ſieben Jahren widerſprochen [2]), und die Meinung, daß die Zeit der Servituten-Erſitznng ſowohl nach geltendem als nach altem römiſchen Recht ein ſimples longum tempus ſey, was jeder Richter für jeden einzelnen Fall nach freier Beurtheilung der Umſtände zu determiniren habe, von neuem vertheidigt worden. Könnte ein ſo heilloſes Recht bey den Römern jemals gegolten haben, könnte es auch noch nach juſtinianiſchem Recht gegolten haben, ſo dürfte es doch nach lange

2) Neuſtetel und Zimmern Römiſchrechtliche Unterſuchungen für Wiſſenſchaft und Ausübung. B. I. Heidelb. 1821. Abh. V.

entschiedenem Gerichtsgebrauch keine Gültigkeit bey uns haben. Wäre dieser Gerichtsgebrauch auch erstan rein aus falscher Interpretation römischer Texte entstanden; so hätte er doch schon längstens ein neueres Gewohnheitsrecht erzeugt, welches so vieldeutigen Bestimmungen aus alter Zeit sicherlich vorgezogen werden müste: denn welcher Grundeigenthümer könnte noch wohl auf den Gedanken kommen, daß eine Servitut gegen ihn durch Verjährung erworben werden könne, in einer Zeit, die von dem jedesmaligen Arbitrium seines jedesmaligen Richters abhinge, und durch kein Recht und kein Gesetz vorausbestimmt wäre? Gewiß ein Recht, was viele solche Dinge enthielte, wäre wohl gegen »Verknöcherung« gesichert; aber es müste so geschlank werden, daß jeder Wind es hin und her treiben könnte. Nun ist aber auch das römische Recht, sowohl das alte, als das neue gegen eine solche Anklage hinreichend gesichert, und wir können dieß nunmehr als abgethan ansehen [3]).

3) Ich habe mich hierüber so entschieden ausgesprochen, nur der Sache wegen, gewiß nicht um dem Verfasser jenes Aufsatzes etwas Unangenehmes zu sagen. Aber es war nöthig, daß Mehrere hierüber reine Rede führten, damit die arge Spaltung zwischen Theorie und Praxis nicht noch ärger werde. Das ist auch geschehen, und ich schließe mich nur an. Andre haben die Beweise und Gründe so vollständig und klar entwickelt, daß ich nichts hinzuzufügen weiß. S. Thibaut im Archiv f. d. C. P. B. 5. Vertheidigung der Praxis gegen manche neue Theorien S. 325. ꝛc. und Unterholzner Verjährungslehre B. 2. S. 151 ꝛc. — Der Verfasser wäre auch, wenn es dessen, nachdem er bey andern Gelegenheiten bessere Einsicht bewiesen, noch bedürfte, leicht damit zu entschuldigen, daß er den historischen Gesichtspunkt zu fest gehalten, und sich nur zu sehr in skeptischen Betrachtungen verloren habe, ohne grade dasmal viel an die Ausübung zu denken. Es ist denn auch schon Andern begegnet, daß sie dem Irrthume, der ihr eignes Kind war oder den sie doch dafür hielten, zu gewogen wurden. Vermuthlich hat der Verfasser dieß längstens eingesehen. Wenn aber schon Andre seinem Beyspiele nachfolgten (etliche Socii erroris sind verzeichnet bey Unterholzner a. a. O. Not. 629); so macht das der willfährigen Gutmüthigkeit unsrer Landsleute mehr Ehre als ihrem Verstande. Fehlt es sogar nicht ganz an Lehrbüchern des bey uns geltenden gemeinen Civilrechts, die diese Meinung aufgenommen haben, so ist das freilich schlimm. Wäre aber nicht so viel Bereitwilligkeit gezeigt worden, so wäre so viel Redens davon nicht nöthig gewesen. Um nichts besser wäre es aber, wenn behauptet würde, Justinian habe erst für die Servituten-Ersitzung bestimmte

Daß denn aber auch dieſer Beſitz und die Fortdauer deſſelben von demjenigen, der die Erſitzung behauptet, gegen die Verneinung ſeines Gegners bewieſen werden müſſe, kann eben ſo wenig einem Zweifel unterworfen ſeyn.

Es folgen alſo nun zwey Requiſite, die hier unterſchiedlich gemacht werden, 1) der iustus titulus, und 2) daß die Ausübung der Servitut non vi, non clam, non precario müſſe geſchehen ſeyn. Beide vermeintlichen oder wirklichen Requiſite wollen wir hier zuſammenfaſſen. Dieſe Sache iſt nämlich unter unſern Juriſten ſehr ſtreitig [4]). Es iſt eine alte Meinung, welche das Erforderniß eines Rechtstitels annimmt, und es iſt ſchon eine Mittelmeinung die alternativ iusta causa wie beym Eigenthum, oder Wiſſen des Eigenthümers, wie Einige es nennen, einen Poſſeſſionstitel mit jenen drei negativen Bedingungen, non vi, non clam, non precario zuſammen verlangt. Dieſe Mittelmeinung ſcheint eine Zeit lang in den Schriften und in den Gerichten vorherrſchend geweſen zu ſeyn, ohne daß ſich aber ein conſtanter Gerichtsgebrauch nachweiſen läßt, wenigſtens iſt er in letzter Zeit ſehr ſchwankend geworden, und es fehlt nicht an Beyſpielen, daß ſelbſt Obertribunale in Territorien, wo man gewiß nicht die Neuerungen begünſtigt, und für welche Praktiker ehemals jenen Gerichtsgebrauch bezeugten, ſchon in neu-

Jahre feſtgeſetzt, vorher ſeien ſie unbeſtimmt geweſen; von einer Seite betrachtet iſt dieß ſogar noch ſchlimmer, da es einen Irrthum hinzufügt, denn die L. 12 C. de praescript. longi temp. hat offenbar gar nichts über die Zeit, ſondern lediglich den Begriff der Anweſenheit und Abweſenheit beſtimmt, und ſetzt alſo am Schluß ſchon die beſtimmte Zeit für die Servituten als vorhanden voraus. Ein wenig beſſer wäre es anzunehmen, daß Juſtinian die 10 und 20 Jahre eingeführt, vorher aber eine andre, aber doch immer eine, Zeitbeſtimmung gegegolten habe: denn ſo bliebe nur der letzte Irrthum ſtehen. Eine ganz andre aber wäre die Meinung, daß zwar zu Juſtinians Zeit ſchon längſt der Termin von zehn und zwanzig Jahren, und dieſer überhaupt ſo lange gegolten habe, als der Zeitverlauf uniform beſtimmt geweſen, früher aber vermuthlich, wie auch beym Eigenthum, die Erſitzungszeit nach Verſchiedenheit der Gegend verſchieden, allenthalben aber doch beſtimmt geweſen ſey, weil man ſonſt dem Richter hätte überlaſſen müſſen, für jeden Fall ein Geſetz zu machen.

4) Vergl. Glück's Erläut. d. Pandekt. Bd. 9. S. 123. ꝛc.

eſter Zeit gegen das Requiſit eines Titels, und deſſen Surrogat, eine scientia et patientia des Eigenthümers der dienenden Sache, entſchieden und reformirt haben. Jetzt nämlich iſt vielmehr eine beſtimmte Hinneigung, niemals mehr als die negativen Bedingungen zu erfodern, deutlich zu bemerken [5]). Es ſey mir daher erlaubt, ehe ich von dem Beweiſe dieſer Requiſite ſpreche, meine Meinung von ihnen ſelbſt, in dem Zuſammenhang, worin ich die Sache ſehe, zu entwickeln, wenn ich auch dadurch genöthigt würde Einiges zu wiederholen, was ſchon Andre geſagt haben. Voran möge ſie hier aber in kurzen Sätzen ausgeſprochen werden: ich halte dafür, daß

1) das negative Erfoderniß, non vi etc. niemals entbehrt werden kann, und
2) daß es auch immer für ſich allein hinreicht, ſobald es mit Beſitz und longum tempus in dem obigen Sinne verknüpft iſt.

Die Gegner haben ſich verleiten laſſen theils durch eine erzwungene Analogie der Eigenthumserſitzung, wobey denn in L. 2. C. de servitut. die Worte:

exemplo rerum immobilium tempore quaesisti

eine Stütze gewährten, theils durch Texte, die gar nicht von einer Erſitzung sciente et patiente domino ſprechen, und nur ſo von ihnen verſtanden wurden, wobey denn aber auch wieder die L. 2. C cit. aber mit andern Worten, die da vorkommen, ihre Rolle hat. Was nun das erſte betrifft, ſo kann ich zwar mit Unterholzner a. a. O. S. 155. ꝛc. unmöglich darin übereinſtimmen, daß in der Conſtitution eigentlich nur vom Beſitze, der eine Verjährung vorbereite, die Rede ſey, über die Möglichkeit dieſes ſey bloß vorgefragt, und über die Möglichkeit dieſes geantwortet worden, und auf dieſen Punkt allein beziehe ſich die Vergleichung der Servitut mit den res immobiles. Ich weiß nicht, ob ich meinen gelehrten Freund recht verſtanden habe, aber ich habe

5) Auch Unterholzner a. a. O. S. 177 ꝛc. iſt dem beygetreten.

meine Augen angeſtrengt, und nichts anderes herausleſen können, als daß dort der Erwerb der Servitut durch Zeitverlauf mit dem Erwerb unbeweglicher Sachen, d. h. des Eigenthums daran verglichen wird. Das Bedenken, was er bei dieſer ſich von ſelbſt darbietenden Auslegung findet, iſt ein hiſtoriſches, »zur Zeit des Caracalla habe es ja noch keine zehn- und zwanzigjährige Verjährung zur Erwerbung des Eigenthums gegeben,« aber es ſcheint mir nicht von großer Erheblichkeit zu ſeyn. Daſſelbe beruht wieder auf einer, allerdings ſehr ſcharfſinnigen, aber doch immer einer Vermuthung [6]), daß vor Juſtinian die Praescriptio longi temporis, nachdem ſie längſt, und ſchon zur Zeit der Klaſſiker, auf italieniſche Grundſtücke ausgedehnt worden, immer nur noch eine Exceptio geweſen ſey, daß man ſich mit einer Actio Publiciana und Verwandlung jener Exceptio in eine Replicatio gegen die Exceptio dominii habe helfen können und müſſen [7]). Ich geſtehe, daß ich lieber jene Vermuthung, als den klaren ungetrübten Sinn jener Worte des Antoninus aufgeben würde, wenn es anders Noth thäte. Aber geſetzt, die Vermuthung wäre Gewißheit, ſo dünkte mich, könnte die L. 2. cit. noch recht gut damit beſtehen; denn wenn man die Publiciana actio ſo gewonnen hatte, daß keine Exceptio dominii ihr zu ſchaden vermogte, ſo konnte wohl in einem Reſcript, was doch, als es gegeben wurde, nicht auf Begründung einer Rechtstheorie, wie das ungenaue Einſchiebſel: eo sciente noch in der Folge mehr zeigen wird, berechnet war, dieß einmal durch quaerere rem immobilem bezeichnet werden, denn im Effect war es doch nun vollkommen ſo gut, als wenn ein ſolcher Dominium und die rei vindicatio erworben hatte.

Es kommt alſo nur noch darauf an, ob in den oben

6) Sollte ſie wirklich durch Juſtinians Worte in L. 8. C. de praescr. 30. v. 40. ann.: hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant, eher beſtätigt als widerlegt werden?

7) Unterholzner a. a. O. §. 174. S. 75.

herausgestellten Worten rücksichtlich der Vergleichung auf das tempore oder auf das quaesiisti der Accent gelegt werden müsse. Nimmt man an, daß die Gleichstellung alle Verjährungs-Requisite betroffen habe, so muß man das Erstere, wo nicht und wenn man die Vergleichung bloß auf die Zeitdauer des Besitzes bezieht, so muß man das Letztere wählen. Die Grammatik leidet beides, und so ist also natürlich zuzusehn, was andre Texte, die auch von Servituten und ihrer Ersitzung reden, über die Requisite aussagen. Die Constitution entscheidet also für sich gar nichts, da ihre Auslegung, was diesen Punkt betrifft, erst anderswoher bestimmt werden muß.

Sehen wir uns nun nach den übrigen Texten um, die von einem Titel oder eigentlich dem Surrogat desselben, einem Wissen und einem Dulden der Servitut, einem Possessionstitel, wie es genannt wird, um ganz verschiedene Dinge durch ein breites Wort in Einklang zu bringen, — reden sollen. Um uns hier recht zu verstehen, fragen wir zuvor: wie ist denn noch traditio servitutis von patientia unterschieden? Die traditio kann hier gar nicht anders als durch pati oder sinere uti geschehen, wozu denn immer Wissen gehört, am allerwenigsten kann es bey Realservituten, z. B. bey einer servitus itineris wie die im ersten Fall in Frage stehende anders geschehen. Das geht klar aus der L. ult. D. de servitt. hervor. In der L. 11. §. 1. D. de Publ. i. r. act. scheint freilich von einer traditio noch neben der patientia die Rede zu seyn: »per traditionem constitutis vel per patientiam« nämlich in Beziehung auf ususfructus, aber wenn man hier nicht das »vel« mit der Glosse in der Bedeutung von sive nehmen will, so geht die traditio auf die traditio rei im vulgären Sinn, die denn aber eben die patientia involvirt, und so die Quasi-Traditio erzeugt [8]). Aber allerdings damit die Patientia eine Quasi-Traditio (traditio servitutis) sey, ist nöthig, daß sie in der Absicht geschehe, daß

8) Rhein. Mus. H. 1. S. 115. not, 52.

eine Servitut conſtituirt werde, dieß aber wieder iſt nur erkennbar aus einer iusta causa, aus einem Titel, der dazu geeignet iſt, der Patientia dieſen Sinn zu geben; denn daß ich mir die Ausübung einer Servitut gefallen laſſe, braucht nicht nothwendig in der Abſicht zu geſchehen, daß ich ſie dermalen conſtituiren will. So iſt hier in demſelben Sinn eine iusta causa erforderlich, wie bei der traditio rei, wenn ſie eine Traditio im ſtrengen Sinn, das heißt Uebergabe zu Eigenthum ſeyn ſoll. So kommen wir hier nicht auf die Traditio als eine Art Poſſeſſionstitel, ſondern auf einen eigentlichen Rechtstitel: Kauf, Schenkung u. ſ. w. zurück, daher denn dieſer auch von Einigen abſolut und in allen Fällen für den Erwerb der Servituten durch Verjährung verlangt wird. Nun meine ich aber

1) von einem ſolchen Titel iſt nirgends bey der Servitut-Erſitzung die Rede und

2) nirgends wird auch Wiſſen oder Zulaſſen, alſo patientia ohne einen ſolchen Titel dabey verlangt, ſobald nur die negativen Erforderniſſe: non vi etc. eintreten.

Das Gegentheil weder von dem Einen noch von dem Andern kann durch die beiden oben angeführten L. ult. u. L. 11. §. 1. oder durch die dazugehörige L. 1. §. 2. D de S. P. R.[9]) bewieſen werden. Denn in allen dieſen Fragmenten, ſo wie in *L. 1. pr. D. de usufructu* iſt von einer ſolchen patientia und gleichbedeutend einer Quaſi-Traditio die Rede, die augenblicklich und unmittelbar eine Servitut hervorbringen ſoll, nicht etwa erſt durch das Medium einer langen Zeit oder ſonſt einer Verjährung, wovon auch dort nicht eine Spur iſt: darüber ſind auch alle einig, die in neueſter Zeit über dieſe Texte commentirt haben, und Streit iſt bloß darüber, ob dieß allein auf die Servituten zu beziehen ſey, die bloß eine Tuitio haben, eine actio confessoria Publiciana u. ſ. w., welche bekanntlich im Juſtin. Recht einen engeren Kreis haben als im alten — oder auch auf ordentliche civile

9) Rh. Muſ. l. c. not. 66. not. 49. u. S. 82.

Servituten, wenigſtens ſo wie ſie nun im Juſtinianiſchen Recht enthalten ſind, bezogen werden müſſe. Wie könnte auch nur die reine *patientia* ohne Abſicht die Servitut aufzulegen, der *Traditio* gleichgeſtellt werden. Was hat ſie nur irgend mit dieſer Aehnliches? Traditio iſt allemal Uebertragung; jene patientia wäre Verſchweigung, und ſo hätten wir eine Verſchweigungsverjährung, die das römiſche Recht außer der Klagenverjährung offenbar nicht wollte. — In facto freilich möchte es oft ſchwer zu unterſcheiden ſeyn, ob eine ſolche Verſchweigung oder die Quaſi-Traditio aus Schenkung vorhanden wäre; denn zu dieſer reichte ohne Zweifel ein ſtillſchweigender Vertrag hin, ja wenn der Eigenthümer ſo in die Berechtigung durch Zulaſſung donandi animo willigte, würde ſchon durch den Vertrag, nach der richtigern Meinung, augenblicklich die Servitut beſtellt ſeyn. Aber freilich, wenn der Ausüber in der Meinung handelte, er ſey ſchon berechtigt, ſein Recht ſey ſchon älter als ſeine gegenwärtige Handlung, ſo könnte darin kein conſtituirender Vertrag liegen, der duldende Eigenthümer mögte dabey denken, was er wollte: der Andre ſolle auch berechtigt ſeyn, wie er es glaube oder wünſche, oder er wolle das nur vorerſt einmal ſo hingehn laſſen; denn immer fehlt hier der eigends zur Beſtellung erforderliche Conſenſus. Aber wie ſchwierig müßte das oft zu unterſcheiden ſeyn.

Wenn wir nun aber dieſe von Patientia redenden Stellen, da ſie alle Quaſi-Traditio meinen, hinwegnehmen, ſo bleibt für die Behauptung, daß in Ermangelung eines Titels Wiſſen und Dulden zur Verjährung erfoderlich ſey, allein *L.* 2. *C. de servitt.* übrig, und dieſe hat mit ihrem »eo sciente» immer ſchon Anſtoß gegeben; aber es iſt auch ſchon längſt bemerkt worden, daß dieſe Worte, wie man es nennt, enunciativ zu nehmen ſind, und irre ich nicht ſehr, ſo läßt ſich dieß hier ſo ſtreng erweiſen, wie es nur in irgend einem Falle möglich iſt.

Nicht immer nämlich trifft es zuſammen, daß wenn

man non clam ausübt, der Eigenthümer die Ausübung erfahren müsse, er kann ja abwesend seyn, und eben darum ist es keinesweges einerley, ob man jemanden den Beweis auflegt, er habe nicht versteckt oder offenkundig die Servitut ausgeübt, oder aber den Beweis, er habe es mit Wissen des Eigenthümers gethan; aber freilich in den bey weitem meisten Fällen wird es zusammentreffen, denn gewöhnlich kann das nicht seyn bey einem Gegenwärtigen oder nur einem solchen, der Acht hat auf seine Sache, und auch abwesend für einen sorgfältigen Stellvertreter sorgt, der ihm über Veränderungen Bericht gibt. Und so kann leicht ein einzelner Fall vorkommen, wo man, um allen Verdacht einer Heimlichkeit und Versteckheit niederzuschlagen, sich gleich darauf beruft, jener habe es recht gut gewußt. Was hindert uns nun anzunehmen, bey der L. 2. habe dem Kaiser grade ein solcher Fall vorgelegen, den er im Anfange der Constitution denn eben selbst wieder so vorlegt, und damit den Punkt der Heimlichkeit in derselben Art beseitigt? Außer der Leichtigkeit, dieß so zu denken, haben wir auch noch die stärksten Motive dazu. Daß keine vollständige Belehrung über die Requisite der Präscription der Servituten in L. 2. gegeben werden sollte, sieht man daraus, daß des Precarii gar nicht erwähnt wird: daran war in dem vorgelegten Fall gar nicht zu denken. Nur noch der Vis wird gedacht, nämlich es wird nun alles gleich darauf gestellt, daß er nur nicht prohibitus müsse gehandelt haben. Dagegen in den beiden Stellen aus Ulpian's 53. Buch seines Edicten-Commentars L. 10. pr. si serv. vind. u. L. 1. §. 23. d. aqua ist es offenbar darauf abgesehn, die Requisite der neuern Servituten-Ersitzung vollständig anzugeben, und allgemein theoretisch festzusetzen. Und da wird nirgends der scientia domini erwähnt, vielmehr alles auf das longum tempus und das non vi, non clam, non precario usum esse bezogen, aller Titel als Erforderniß noch ausdrücklich verworfen, implicite also

auch das, was jetzt als Surrogat deſſelben (scientia s. patientia) angegeben wird; ja in L. 10 ſogar das vollſtändige Beweisthema (verſteht ſich mit Einſchluß des direkten und indirekten Gegenbeweiſes) ſo normirt:

»ut ostendat, per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario«

Es iſt, dünkt mich, ſonnenklar, daß Ulpian ſagen wollte, das und nicht mehr müſſe anzunehmen ſeyn, damit eine Quaſi-Servitut und eine actio utilis einträte. Und damit iſt denn zugleich die L. 2. C cit. in allen ihren Haupttheilen, auch den oben herausgehobenen dieſe Erſitzung mit der des Eigenthums vergleichenden Worten, völlig erklärt und ergänzt. Aber auch ſchon die L. 1. deſſelben Titels im Codex (de servit.) konnte uns dieſen Dienſt erzeigen. Das Reſcript iſt von demſelben Antoninus Caracalla, nur wenige Jahre früher erlaſſen. Hier war es ſchon eher auf eine vollſtändige Belehrung bey Gelegenheit einer Anfrage über eine Bau-Servitut, nämlich für den Anfrager abgeſehn, und da wird alles auf longum tempus und jene drey negativen Requiſite geſtellt, von scientia oder patientia kein Wort [10]). Wollte man alſo das eo sciente nicht enunciativ verſtehn, ſo müſte man annehmen, Caracalla habe vier Jahre ſpäter ein neues Recht einführen wollen. Dem widerſpricht denn aber die ganze Faſſung dieſes zweiten Reſcripts (L. 2), und es geht auch darum nicht an, weil die Ulpianiſchen Stellen ſpäter ſind. Man müſte alſo annehmen nicht allein, Caracalla habe ſo ganz gelegentlich und unmerklich einen neuen Rechtsſatz in die Welt geſchoben, ſondern Ulpian habe ſich dadurch gar nicht hindern laſſen, das alte Recht zu behaupten. Und da würde man am Ende doch wieder nicht wiſſen,

10) Die ſämmtlichen von der Servituten-Erſitzung handelnden Texte mit Ausnahme von Juſtinians Conſtitutionen ſind ausgezogen bey Unterholzner a. a. O. B. 2. S. 145 Denn daß die bey demſelben B. 1. S. 503. ausgezogenen von Vetustas u. w. d. ä. redenden Stellen nicht hierher gehören, darin bin ich vollkommen mit ihm einverſtanden.

womit man es zu halten hätte, mit L. 1. oder L. 2. oder Ulpian, die doch alle im Juſtin. Corpus ſich nicht widerſprechen dürfen. Um ſolche eingebildeten Widerſprüche zu heben, ſcheint es mir denn aber das bey weitem verſtändigſte anzunehmen, mit dem »eo sciente« ſey nur das Gewöhnlichſte ausgedrückt, um beyläufig die clandestina possessio von der Verjährung auszuſchließen, nicht ein neues Requiſit habe dadurch eingeführt werden ſollen.

Man bedenke auch nur, was in dieſem Requiſit liegt: wer z. B. wie in unſerm erſten Fall, eine Wegegerechtigkeit erſitzen will, der muß »von Zeit zu Zeit« ausgeübt haben, d. h. doch wohl wenigſtens muß er einmal jedes Jahr da gegangen, gefahren ſeyn u. ſ. w. Denn von den Interdicten, die aus dem bloßen Beſitz angeſtellt werden können, gilt ſicher im Ganzen ein Schluß auf den Verjährungs-Beſitz, das poſſeſſoriſche Interdictum de itinere actuque privato erfordert aber mit dem non vi non clam non precario eine Ausübung im letzten Jahr [11]). Der Zuſatz von dreißig Tagen kann indeß nicht da verlangt werden, wo der Weg ſeine feſte Beſtimmung hat, wozu er von den Ausübenden allein gebraucht wird, und dieſe keinen Gebrauch von 30 Tagen im Jahr erfordert; ſo viel dazu nöthig iſt, das iſt dann ſchon ein zuläſſiges modicum tempus [12]). Wie wäre auch nur ohne eine ſolche Wiederholung eine Ununterbrochenheit des Quaſibeſitzes, d. h. daß der Verjährende immer das Recht, nämlich deſſen Ausübung in ſeiner Macht behalten habe, erkennbar [13])? Das muß denn alſo, wenn der Eigenthümer abweſend war, 20 Jahr lang, ſonſt 10 ſo wiederholt worden ſeyn; iſt nun patientia erforderlich, ſo muß es nicht einmal (denn warum nur das?) ſondern jedesmal, alle die 10 oder 20 Jahre hindurch mit Wiſſen des Eigenthümers geſchehen ſeyn, die größte Offenkundigkeit iſt nicht hinreichend,

11) L. 1. pr. §. 2. 3. D. de itin. actuq. priv.
12) L. 1. cit. §. 2. med.
13) Vergl. Unterholzner a. a. O. S. 191.

und wenn auch der Eigenthümer ſich gar nicht um ſeine Sache in dieſer Zeit bekümmert hat, wenn es während ſeiner Abweſenheit vielleicht nicht einmal möglich war, ihm das bekannt zu machen, wenn auch dieſe Unmöglichkeit an der craſſeſten Nachläſſigkeit des Herrn ſelbſt lag. — Und wie ſchwer iſt dieſer Beweis für die jedesmalige Ausübung! ſchon ſchwer genug für die einmalige! Sollte hier nicht eben ſo gut eine »occasio dubitationis inextricabilis« entſtehn, wie Juſtinian bey der Eigenthumsverjährung in L. 12. C. de praescr. l. t. prope fin. befürchtete, wenn man dabey auf «scientia vel ignorantia« Rückſicht nehmen wollte, und zwar ſchließen ſich dort dieſe Worte eng an den die Servituten-Verjährung betreffenden Schlußſatz an; wie hätte Juſtinian ſo fortfahren können: eodem observando etc., ohne auf dieſen Unterſchied zwiſchen Servituten und Eigenthum aufmerkſam zu machen, wenn er wirklich exiſtirt hätte? Und ziehen wir das zuſammen, ſo müſten wir denn abermals annehmen, Juſtinian habe das Recht des Caracalla wieder aufheben wollen, obgleich er nach dem ganzen Tenor ſeiner Conſtitution nichts Neues wollte, als den Begriff der Abweſenheit genauer beſtimmen. Noch könnte man ſagen wollen, dieß ginge bloß auf den Fall, da ein Titel vorhanden war bey den Servituten. Alſo wollte er die An- und Abweſenheit bloß für den Fall der Servitutenverjährung, da ein Titel vorhanden war, beſtimmen? warum das? und wo ſteht denn etwas von Titel in der Conſtitution? Es ſteht doch »bono initio« kurz vorher! dieſer weiter zurückſtehende, ganz beyläufige, unbeſtimmte Ausdruck kann unmöglich etwas bedeuten. Man könnte bonum initium eben ſo gut von der dreißigjährigen Eigenthumserſitzung in L. 8. §. 1. C. de praescr. XXX ann. ſagen, obgleich da eben der Titel entbehrlich iſt. Allerdings das bonum initium geht bey der gemeinen Eigenthumserſitzung zunächſt aber nicht allein aus dem Titel hervor, bey der dreyßigjährigen aber aus der bona fides ohne Titel, d. h. der

nur nicht erweislichen mala fides, und bey der Servitut-Erſitzung iſt das bonum initium darin zu finden, daß gleich nicht mit Gewalt, nicht verſteckt, und nicht precario utirt wurde.

So, meine ich, kommt hier Titel oder patientia (Wiſſen) niemals irgend in Betracht, als nur inſofern Mangel an Heimlichkeit, an Gewalt, an Precarium, daraus hervorgehn kann, es um dieſen darzuthun und zu erkennen gebraucht werden kann, wie das im Fall der L. 2. C. cit. geſchehn war.

Dieſes Recht, was ſich die klaſſiſche Periode hindurch bis auf die neueſte Zeit erhielt [14]), ſcheint mir durchaus verſtändig zu ſeyn. Die Verſtändigkeit kann freilich nicht über die Geſetze entſcheiden, allein im Zweifel und wo alles andre eintrifft, da kann ſie doch auch etwas gelten. Ich halte es nicht für ſchwer, dieß durch Vergleichung mit der Eigenthumsverjährung, wenn man dieſe Vergleichung nur im rechten Geiſt anſtellt, und nicht darauf ausgeht, wieder eine todte Symmetrie zu gewinnen, darzuthun. Es wird ſich dieß aber ſo weit es zu unſerm Thema erforderlich iſt bequemer unten thun laſſen, indem wir uns nun zu der Frage wenden, was muß denn von dem eben erörterten Requiſit bewieſen werden, wenn dem die Erſitzung Behauptenden daſſelbe ganz negirt wird? Muß er alle dieſe Negationen beweiſen, oder was allein? und wie viel liegt ſeinem Gegner ob zu beweiſen? Bey dieſer Gelegenheit wird denn auch noch von dem Requiſit der Bona fides die Rede ſeyn.

Die oben herausgeſtellten Worte der L. 10. pr. D. si servit. vindicet.: ut ostendat etc. können leicht auf den Gedanken führen, daß dieſe drey negativen Bedingungen von dem, der die Actio confessoria anſtellt, oder der Actio negatoria die Exceptio confessoria entgegengeſtellt, indem er

14) Was das Canon. R. betrifft, ſo iſt ja wohl ſo viel ganz klar, daß das C. I. in 6to de praescr., man mag die Stelle ſonſt verſtehn wie man will, nicht von Servituten ſpricht. Vgl. Unterholzner a. a. O. B. 2. S. 176.

ſich auf die Erſitzung beruft, kurz von dem, welchen wir den Conſitenten zu nennen pflegen, erwieſen werden müſſen So meint auch der Verfaſſer des im Anfange dieſer Abhandlung erwähnten Aufſatzes im Archiv f. d. C. P. S. 89 [15]). Die Note 17 dazu iſt wieder ihres gegründeten Widerſpruchs gewiß. Eigentlich konnten Noten und Text hierüber gar nicht füglich mit einander ſtreiten, denn der letztere, ungeachtet er zu Anfang auf S. 87 dieſen Streit nicht entſcheiden will, geht doch dort ſchon von der Vorausſetzung aus, daß die negativen Bedingungen allein erfordert würden, (in der Folge wird das aber nicht feſtgehalten) wogegen die Noten [16]) alles Gewicht darauf legen, daß die Umſtände ſo ſeyn müſten, daß ein: »scivit dominus et passus est« (ſollte man nicht denken, dieß wären Worte eines hier entſcheidenden Geſetzes) ſich deutlich ergebe. Man laſſe ihn nur die einzelnen Beſitzhandlungen, wann und wie ſie geſchehen, darthun, dann werde ſich das Uebrige von ſelbſt ergeben. Darin kann ich nun nicht einſtimmen; denn, wie ſich bald noch näher ergeben wird, Ausübung gegen Widerſpruch des Eigenthümers iſt hier ſchon vis; nun wird ſich freilich aus der Zeugenausſage über das factum usus wohl ergeben ob auf der Stelle, wo die Zeugen die Ausübung geſehn haben, ein Widerſpruch eingelegt worden; aber woher wiſſen ſie es denn, daß nicht noch an demſelben Tage, bey derſelben Beſitzhandlung, aber an einer andern Stelle (in unſerm Beyſpiel: vor dem Walde ſahen ſie ihn karren, in dem Walde ward es ihm unterſagt), oder einmal vorher oder nachher

15) Unterholzner a. a. O. S. 190 iſt dagegen.

16) S. No. 17 und 32. In Nro. 43 heißt es gar: »ein zehnjähriges reines Dulden der freien offenen Ausübung iſt doch ein factum, welches Einwilligung ausſpricht, und einem ausdrücklichen Vertrag gar wohl zur Seite geſtellt werden kann.« Käme es nur auf dieſes Zurückſchließen an auf eine einmal wirklich ſtillſchweigende durch Conſenſus geſchehene Beſtellung, ſo bedürfte es keiner zehn Jahre, wenn die Umſtände darnach wären, und wären ſie es nicht, ſo reichten weder zehn, noch zwanzig, noch dreißig Jahre aus. Das wäre denn auch kein Erwerb der Servitut durch Erſitzung, ſondern durch pactum tacitum.

das Verbot geſchehen ſey [17])? Die Noten (no. 22) werden doch bedenklich über das Precarium; denn freilich die Vergünſtigung pflegt, wenn ſie wie gewöhnlich auf Bitten und ausdrücklich geſchieht, nicht einmal auf der Stelle, ſondern im Hauſe zu geſchehen, und da kann Einer viel ſchubkarren und gehen und reiten, oder Waſſer ſchöpfen und Waſſer leiten, ohne daß die Zeugen von dem Precarium etwas wiſſen. Aber theils kommt Not. 24 mit der »Zuflucht zur Eidesdelation« zu Hülfe, theils ſind die Noten auch ſchon gewiß, daß kein direkter Beweis auch nur eines dieſer drey Requiſite verlangt werden könne, 1) weil ostendere nicht eins ſey mit probare und 2) wegen der Rechtsregel: »negantis factum per rerum naturam nulla est directa probatio.« Was das Erſte betrifft, ſo ſollte man nach der entſchiedenen Aeußerung in Not. 22 denken, probare ſey ein techniſches Wort, was allein beweiſen heiße, und ostendere heiße es niemals, oder doch ſelten. Aber wer weiß nicht, daß es ſich damit anders verhalte, und daß eigentlich nur probatio, nicht probare ein techniſches Wort ſey, und ostendere faſt eben ſo oft als probare in Beziehung auf Beweis vorkomme. Wer davon noch nicht überzeugt iſt, der leſe nur einmal die wichtige L. 25. D. de condict. indeb., wo im Anfange zweimal probare, gewiß nicht als Terminus vorkommt, da es das zweite Mal mit legitimis probationibus verſtärkt wird, dann aber ſechsmal ostendere ganz für denſelben Begriff gebraucht wird. Was aber das Zweite betrift, ſo iſt man wohl ziemlich einig darüber, daß wo in den Geſetzen dieſe oder eine ähnliche Aeußerung ſich findet [18]), ſie ganz anders zu verſtehen ſey. Insbeſondre wäre die Stelle des Canoniſchen Rechts ſo genommen ganz unſinnig, da ſie die Möglichkeit eines ſolchen Beweiſes ſchlechthin leugnet. Gibt man aber die

17) Und doch ſoll nach den Noten (no 17 in f.) ein voll-beweiſendes (sic) nescio der Zeugen hier alles gut machen.

18) Vgl. das von den Noten angeführte c. 23. X. de probat., wo aber das Wort directa von den Noten eingeſchoben wird, mit L. 2. D. eod.

Möglichkeit durch ſichre Schlüſſe, (z. B. ein alibi) zu, ſo iſt nicht abzuſehn, an und für ſich auch nicht für unſern Fall, weshalb nicht ein ſolcher Schlußbeweis ſollte aufgelegt werden können. Möglich iſt er allerdings auch hier, wenigſtens ſo daß eine große Wahrſcheinlichkeit, die genug ſeyn müſte, entſtände, z B. der Eigenthümer des dienenden Guts äußerte ſich wiederholt darüber gegen Andre, daß er ihm nie erlaubt habe, da zu gehen, Waſſer zu ſchöpfen u. ſ. w. [19]), oder lebte ſchon vor und während der Ausübung mit dem Andern in beſtändiger Feindſchaft, oder dieß beides trift zuſammen, oder der Eigenthümer war abweſend, ſo daß keine Verbindung mit ihm möglich war, das Letztere verſteht ſich unter meiner Vorausſetzung, daß auf ſeine Wiſſenſchaft nichts ankommt, ſondern daß die ganze Erſitzungshandlung auf der Perſon des Erſitzenden und deren Geſinnung und Benehmen beruht.

Allein wenn auch möglich iſt, dieſe Negationen zu erweiſen, und wenn auch ostendere ſo gut wie probare den Beweis bezeichnen kann, ſo iſt doch dieſe Auslegung der L. 10 pr. cit. zu verwerfen, allein ſchon der Seltenheit jener Möglichkeit bey den Requiſiten: non vi, non precario, wegen, und wegen der ungemeinen Schwierigkeit eines ſolchen Beweiſes. Ich habe mich ſchon einmal in dieſer Zeitſchrift darüber erklärt (die Stelle kann ich in dieſem Augenblick nicht finden), daß wenn auch im Recht allerdings negative Beweiſe einzeln vorkommen könnten, doch ein Recht, das dieſe in ſich anhäufte, ein ſchlechtes Recht ſeyn müſte. Hier iſt es nun recht klar, wo das ganze Inſtitut der Erſitzung vorzüglich auf dieſe drey Eigenſchaften baſirt iſt, daß wenn der

19) Ein Zeugniß in eigner Sache kann dieß nicht ſeyn, da dieſe Auſſage nur gegen ihn gebraucht wird; aber auch wenn er ſie für ſich gebrauchte, würde es das nicht ſeyn, da er dieß noch unter unverdächtigen Umſtänden äußerte. Eben deshalb iſt es unrichtig, wenn nach der Note 32, die ehmalige Aeußerung des Erſitzenden, er übe die Handlung als ein Recht aus, oder wolle ſie ſo ausüben, in dem endlichen Rechtsſtreit »ein Zeugniß in eigner Sache« ſeyn ſoll.

Beweis dieſer drey zuſammen, erfordert wäre, der doch faſt nie zu führen iſt, das Recht in Widerſpruch mit ſich ſelbſt ſein eignes Inſtitut untergraben hätte. Und wie hätte denn die oben angeführte *L.* 2. *C. de servitutibus* ganz vom Precarium ſchweigen können? Sodann findet ſich ja auch dieſes ſelbige Requiſit der drey negativen Potenzen, nicht bloß, bey der Erſitzung, ſondern auch wie ſchon oben vorgekommen, bey bloßen Interdicten. Man denke doch nicht, daß es ja der Richter in ſeiner Gewalt habe, wenn er nach geführtem Beweiſe ſähe, wie unmöglich das unter den vorhandenen Umſtänden ſey, dieß alles darzuthun, es weniger genau zu nehmen und billige Nachſicht zu haben, etwa für dasmal auf das »der Regel nach nichts — und dennoch hier voll — beweiſende nescio der Zeugen« ſich lehnend; denn man verlaſſe ſich einmal auf ſeine oder eines andern Richters (wie oft nach unſrer Gerichtsverfaſſung) billige Nachſicht bey Beurtheilung eines Beweiſes, den man beſtimmt und ſpeciell in allen ſeinen weſentlichen Theilen aufgelegt, und auf den die Partey aus dem Interlocut ihr Recht erworben hat.

Folglich bleibt nichts Anderes übrig, als das ostendat in L. 10 cit. von dem Ergebniß der ganzen Beweishandlung, d. h. des Beweiſes und wenn dergleichen geführt worden, des directen und indirecten Gegenbeweiſes zu verſtehn [20]), dem confeſſoriſch klagenden oder excipirenden

20) Daß Ulpian ſich hier ſo ausdrückte, rechtfertigt ſich vielleicht daraus, daß das Beweisverfahren bey den Römern überhaupt mehr aus einem Stück war; zumal wenn keine Exceptio der Actio, oder keine Replica der Exceptio entgegengeſetzt wurde. Das iſt nun gerade hier der Fall, wo die ſämmtlichen in Frage ſtehenden Thathandlungen unſtreitig zu dem Klagrecht der Actio confessoria oder zu dem Einredrecht der Exceptio confessoria gehörten, aber in ähnlicher Art, wie zu dem Klagrecht aus einem Contract gehört, daß noch keine Solution geſchehen oder kein weſentlicher Irrthum zu Anfang muß vorhanden geweſen ſey. So konnten dem Schriftſteller leicht die drey Requiſite aus dem Ganzen, was hier zum Recht und zum Beweis, gehörte, hervortreten, und er dieſe durch ſein »ut ostendat« verbinden.

aber nicht mehr zuzumuthen, als daß er das vorerſt Nöthige beweiſe, das Uebrige aber, ſofern es ſich nicht ſchon aus dem Beweiſe ſelbſt ergeben ſollte, dem Gegenbeweiſe des Widerſprechenden anheim zu geben: jenen aber allemal abzuweiſen oder zu verurtheilen, wenn ſich auf eine dieſer Arten der Mangel auch nur eines der drey Requiſite kund gegeben hat.

Worin beſteht denn nun aber hier das Vorerſt-nöthige? Ich glaube nicht, daß hier der nackte Beweis des Beſitzes [21]), d. h. für unſern Fall des Utirens von Zeit zu Zeit, (verſteht ſich die lange Zeit hindurch) hinreicht, und hierin nähere ich mich wieder denjenigen die einen Titel, oder Quaſititel, alſo ebenfalls ein Amplius erfordern. Auch bey der Eigenthumsverjährung reicht ja der bloße Beweis des Beſitzes der Sache nicht zu. Man muß auch die iusta causa beweiſen. Und warum? deswegen weil der Titel hier das äußere Kennzeichen der bona fides iſt, womit man regelmäßig zufrieden ſeyn muß, um dieſe bey nicht bewieſener mala fides anzunehmen, was aber auch nicht fehlen darf, es ſey denn, daß, wie im Juſtinianiſchen Recht, die längſte Zeit von dreißig Jahren auch dieſes entbehrlich macht, und ſo von vorne

21) Man könnte meinen, ſelbſt in der Vorſchrift: ut oslendat etc. bezeichne das non vi etc. auch wie bey den gemeinen poſſeſſoriſchen Interdicten nur die Exceptionen gegen die angemaaßte Erſitzung, es dürfe nur eines der drey Dinge nicht mit Recht dagegen eingewandt und dem Beſitz vorgeworfen werden; das non clam werde ja gar nicht hervorgezogen, und nicht einmal voran geſtellt. Allein es gehört wenig Nachdenken dazu, um gewahr zu werden, daß die Sache hier ſich doch anders geſtaltet. Siehe man auf den Rechtsbeſtand, ſo iſt keines dieſer Requiſite vorwiegend, ſieht man aber auf den Thatbeſtand, ſo muß die Oeffentlichkeit gleich und vor allen Dingen hervortreten. Hätte der Beklagte ſich hierauf nicht ſpeciell berufen, und nur die Ausübung überall negirt, und es zeigte ſich, daß der Kläger nur auf verſteckte Weiſe, z. B. im Dunkeln, oder an einem Tage, wo niemand auf dem Felde zu ſeyn pflege, ausgeübt habe, ſo müſte der Richter die Erſitzung verwerfen, ungeachtet der fehlenden Exceptio. Daher ſcheint es durchaus zweckmäßig, hierauf den Beweis des Conficirenden gleich zurichten, wenn ihm auch nur die Ausübung im Allgemeinen für die Verjährungszeit negirt wird, denn das muß ſich gleich zeigen, daß er unverholen gehandelt hat, ſonſt muß er abgewieſen werden.

herein den Beweis der mala fides dem Gegner nöthig macht. Bey den Servituten dagegen relevirt die Causa, der Titel hier nichts, wie in allen drey Ulpianiſchen Fragmenten deutlich geſagt wird, zumal in der wichtigſten L. 10. pr. si serv. vind., er relevirt nichts für den Erſitzenden und nichts gegen ihn. Es tritt hier nämlich das Eigne ein, daß wenn der, welcher die Servitut imponirte, die dienende Sache durch die rei vindicatio eines Dritten verliert, wir durch dieß, was zwiſchen den beiden Andern vorgefallen iſt, die Ueberzeugung erlangen müſſen, daß ein Unberechtigter uns oder unſerm Vorfahr die Servitut conſtituirte. Es kommt alſo alles nur noch darauf an, ob der Dritte auch noch uns ferner ungeſtöhrt utiren laſſen will. Dort, bey der Possessio rei dagegen entſcheidet ſich rechtlich immer erſt die Sache durch einen Proceß, der mit dem Beſitzer ſelbſt geführt wird. Hier kann es auch auf der andern Seite ſo gar leicht ſeyn, daß der fortwährend Utirende, ungeachtet er keinen Titel kennt, doch ſich für berechtigt hält, die ungeſtöhrte Consuetudo iſt ihm ſelbſt ein Titel, der Andre konnte ja prohibiren verſteht ſich wenn er nichts verheimlichte. Die Prohibitio hat bey der Possessio corporis natürlich in Beziehung auf bona fides gar nichts zu bedeuten, aber wo ich auf einer fremden Sache Servitut-Handlungen, die dann und wann wiederkehren, vorzunehmen habe, da muß ſie viel bedeuten, da erſcheint das Uti immer als ein gewaltſamer Eingriff in die ruhige und ausſchließliche Eigenthumsbenutzung des Andern, ſobald ich nicht ganz gewiß bin, daß ſich mein Recht vom wahren Eigenthümer herleitet. Hier kann man billig von mir verlangen, daß ich, um mich zu vergewiſſern, die Actio confessoria anſtelle, oder doch ein Interdict, um mich im Quaſibeſitz zu ſchützen, handle ich ohne dieß gegen die Prohibition, ſo verfahre ich nicht untadelhaft genug, um zu verdienen, daß ich in dieſem Zuſtand verharrend ein Recht, was ich nicht habe, bloß durch das Factum der Dauer er-

werbe. Dagegen bey der possessio rei wird niemand mich darum tadeln, daß ich mich an die Behauptung dieſes oder jenes, die Sache gehöre ihm und ich ſolle ſie ihm herausgeben, nicht kehre, oder wohl gar ſeinen Angriff durch Gewalt zurücktreibe: das kann hier die Verjährung nicht, wie dort, unterbrechen.

Alle Erſitzung erfordert immer eine gewiſſe Redlichkeit des Benehmens in der Perſon deſſen, der dadurch erwerben will, auf das Benehmen des Gegentheils kommt es hierbey grade nur in ſo fern an, als ſich davon auf jenes zurückſchließen läßt. Daß nach römiſchem Recht nur bona fides ab initio bey der Eigenthumserſitzung erforderlich war, iſt nicht dagegen, denn das heißt nur, in dieſem Betracht wird der Beweis der mala fides weiterhin nicht angenommen, und das wieder darum nicht, weil es ſo ungemein ſchwer zu unterſcheiden iſt, ob ohne Vindication gegen den Beſitzer aus dem, was ſonſt inzwiſchen vorgegangen war, Gewißheit (rem alienam esse) oder nur Zweifel in ihm entſtehen mußte, des Zweifels ungeachtet aber eine gekaufte Sache noch erſt zu behalten, iſt noch kein Fehler [22]), wohl aber ſie zu kaufen oder ſie ſich tradiren zu laſſen. Die reine juriſtiſche Gewißheit entſteht hier immer erſt durch den Ausgang der rei vindicatio, und dieſe bekanntlich unterbricht indirect die Usucapio. Alſo Redlichkeit muß ſeyn bey jeder Erſitzung, und dieſe beſteht bey der Eigenthumserſitzung in der ſogenannten bona fides, bey der Servituterſitzung darin [23]), daß man ohne Hehl (non clam), nicht gegen Pro-

22) Ich ſollte daher meinen, daß die bekannte Einführung der mala fides superveniens weder ſo vernünftig, noch in der Anwendung ſo wirkſam iſt, wie man gewöhnlich zu glauben geneigt iſt.

23) Obgleich ich Unterholzner's Auslegung des c. 26. X. de praescr. nicht ganz zu billigen vermag (Th. 1. S. 315 ꝛc.), ſo gebe ich ihm doch gerne zu, daß es auch für die Servitutenerſitzung bona fides vorſchreibe, und in einem etwas andern Sinn als das römiſche Recht, aber dieſer Sinn hat doch practiſch nicht viel zu bedeuten, denn wo nur non vi, non clam, non precario die Zeit durch ueirt worden iſt, da wird es ſchwer halten, noch ſonſt eine wahre mala fides nachzuweiſen. Aber in allen den ſcheinbar großen Aenderungen,

hibition (non vi) utirte, und ſich nicht beykommen ließ, das was einem durch freies Zugeſtändniß interimiſtiſch möglich geworden, in ein Recht verwandeln zu wollen (non precario). Das äußere Kennzeichen der Redlichkeit, wornach ſie präſumirt wird, iſt dort die iusta causa [24]) hier die Offenkündigkeit der Ausübung. Dieſe Analogie ſcheint mir vollkommen natürlich zu ſeyn. Von jemanden zu verlangen, daß er beweiſe, er habe nicht eine beſondre Vergünſtigung vor der Ausübung erhalten, oder ihm ſey dieſe niemals vorher unterſagt worden [25]), würde ihm einen unbilligen Beweis aufbürden. Aber das kann man füglich von ihm verlangen zu beweiſen, er habe ſo ausgeübt, daß es jeder Gegenwärtige, er mogte es nun ſelbſt ſeyn, oder einen Stellvertreter in der Nähe haben, gewahr werden konnte. Dieß iſt noch ſehr davon unterſchieden, ob er es wirklich gewahr geworden, alſo es wiſſentlich zugelaſſen hat (patientia), denn daran kann ihn ſeine eigne Blindheit und Fahrläſſigkeit oder unverſtändige Gleichgültigkeit gehindert haben, ohne daß es der Ausübende einmal vermuthen konnte, daß ihm davon nichts zu Augen oder Ohren kommen würde. Sollte er beweiſen, daß er jenes gewußt habe, ſo würde das wieder eine ganz unbillige Laſt ſeyn, die er in vielen Fällen nicht anders als durch ein gefährliches Mittel, Zuſchiebung eines Eides, würde von ſich abwälzen können. Nur das muß er zeigen, daß er vor den Leuten, alſo auch bey Tage, nicht bey Nacht u. ſ. w. gefahren, geritten, gegangen ſey, Waſſer abgeleitet habe u. ſ. w. Aber ſo viel muß man auch noch ferner bedenken, daß wenn dem Ausüben-

die das Caroniſche Recht in dieſem Punkt gemacht, zieht ſich, wenn man auf wirkliche Fälle ſieht, die Erweislichkeit der wahren mala fides artig zuſammen. Vgl. Not. 22.

24) Daß die iusta causa auch wieder als ein beſondres für ſich beſtehendes Requiſit betrachtet wird, ändert hierin nichts, denn das Verhältniß zur bona fides iſt doch immer das angegebene.

25) Denn das reicht hier bekanntlich zur vis hin L. 73. §. 2. D. d R. J. L. 1. §. 5. quod vi a. clam.

den bekannt war, der Eigenthümer ſey grade verhindert, Kunde von ſeiner Handlung zu erhalten, er aber erhebliche Gründe aus den Umſtänden ſelbſt ſchöpfen kann, zu glauben, daß dieſer wenn er es wüßte, es ihm unterſagen würde, und er ihm füglich ſelbſt Anzeige machen kann, er dieß thun müſſe, um dem Vorwurf der Verheimlichung ganz zu entgehn [26]). Dieß iſt eine noch größere Annäherung an die Vorſtellung der Gegner, aber wie die Geſetze und die Natur der Dinge ſie mit ſich bringen, es iſt das faſt ſo gut wie Erforderniß des Wiſſens, wenn das Wiſſen durch den Handelnden ſelbſt erzeugt werden muß. Allein wir trennen uns doch noch immer hinſichtlich des Factiſchen und der Beweislaſt, denn 1) ſo ſind die Umſtände nicht immer, und, worauf hier freilich, wenn ein Urtheil gefällt werden ſoll, alles ankommt, 2) daß ſie ſo nicht waren zu beweiſen, kann nicht billig aufgelegt werden, der die Servitut Beſtreitende muß vielmehr zeigen, daß ſie ſo waren. Hier ſpaltet ſich der Beweis in dem Requiſit der Nichtheimlichkeit; öffentliches Handeln muß nur bewieſen werden, daß dabey doch eine Verheimlichung geſchehen ſey, muß der Andre beweiſen, und directer und indirecter Beweis ranken hier, wie auch ſonſt zuweilen, in einander über. Das macht das Verfahren nicht im mindeſten ſchwankend, denn man kann hier feſt erkennen, was das Vorerſt-Nöthige zu beweiſen ſey, wovon ich eben ſprach, und was der die Confessoria Anſtellende oder Opponirende durchaus darthun muß, wenn er durchdringen will, das Uebrige kommt denn zunächſt dem Andern zu, wozu ihm zum Theil ſeine Interrogatorien helfen können, indem der Erſtere ſeinen Beweis ſchon darauf berechnen kann, es abzuwehren [27]).

26) L. 73. cit. und L. 3. §. 7. D. quod vi a. clam.

27) Die oft erwähnten Noten (no. 17 in f.) indem ſie nur zu viel in den Gegenbeweis hineindrängen, ſagen darüber: „Behaupte nun der Beklagte ſpecielle Thatſachen, aus deren Wahrheit die Gewaltſamkeit oder Heimlichkeit hervorgehn ſoll, ſo iſt dieſes die

Nach dieſer Erörterung iſt es zweckmäßig, noch einmal das angebliche Requiſit der Wiſſenſchaft ins Auge zu faſſen. Wenn das Geſetz auf dieſem beſtände, ſo würde folgen, daß gegen einen lange Zeit Abweſenden am wenigſten eine Servitut durch Verjährung erworben werden könnte, und doch kann es hier viel weniger dem ſein Recht vermeintlich Ausübenden imputirt werden, daß jener nichts davon erfährt, alſo relativ die Ausübung clam geſchah; wenn er keinen Stellvertreter, z. B. einen Pachter, hinterließ, am wenigſten; hinterließ er einen, ſo kann man gegen dieſen offen handeln oder erforderlichen Falls es ihm ſogar notificiren, und da könnte man denken, es ſey juriſtiſch ganz einerley, ob der dominus ſelbſt oder ſein Repräſentant — der Pachter, wie in unſerm erſten Fall, wollen wir einmal annehmen — die Ausübung der Servitut auf dem Grundſtücke geſtatte. Alſo wenn der Pachter die Anzeige nicht weiter ſchickt an den Eigenthümer; ſo ſoll jener für dieſen ſich verſchweigen können, denn darauf läuft das doch hinaus. Eine Patientia in der Abſicht zu beſtellen ſoll das ja nicht ſeyn, das wäre traditio und pactum tacitum, obgleich, wie wir geſehn haben, den Noten [28]) zuweilen ſo etwas vorſchwebte, was kann ſie denn anders ſeyn als Verſchweigung? Wie könnte dieſe nun der Pachter für ihn verrichten? Dieſer vertritt ihn zwar im Beſitz der Sache, er detinirt für ihn, aber was hat denn dieſer Beſitz mit ſeiner Verſchweigung an ſeinem Prohibitionsrecht in Beziehung auf Verjährung

Grundlage eines ſolchen Gegenbeweiſes, welcher die Natur eines directen und indirecten zugleich in ſich vereinigt.“ Meine Meinung iſt aber keinesweges, daß gegen die Ordnung des gemeinen Proceſſes die Interrogatorien und Artikel den Gegenbeweis ſchon bringen und voraus widerlegen ſollen; ſie können ihn aber unter Umſtänden überflüſſig machen.

28) Daß ich auf dieſe von mir gemisbilligten Noten doch ſo oft zurückkomme, hat nur den Grund, weil, ungeachtet aller Schiefheit und mancher dem Verfaſſer eignen Schwächen, ſich doch die Theorie welche Patientia verlangt, im Detail darin und recht naiv abſpiegelt.

zu thun? Allerdings wenn der Pachter in seinem Namen prohibirt, so verhindert er dadurch den Andern, daß er sich in Quasibesitz der Servitut setzt, oder aber dieser macht den Besitz vitios durch vis. Aber prohibirt der Pachter nicht, so kann nun freilich der Andre einen untadelhaften Quasibesitz erhalten, aber wie könnte das so gut seyn, als hätte der Eigenthümer die Ausübung der Servitut selbst auch nur factisch gestattet, als hätte er es selbst gewußt und gelitten? Freilich der Pachter konnte es ihm anzeigen, aber wenn dieser es nun nicht that, soll er darunter leiden, daß dieser grob nachlässig und verrätherisch handelte? Schon Besitzverlust durch Untreue des Stellvertreters (»desidia vel dolo«) hat Justinians Gesetzgebung bekanntlich auf alle Weise zu erschweren gesucht [29]), und hier sollte gar diese Untreue ihn um sein Recht bringen, durch das Mittel der Verjährung? Es bedarf hier in der That keiner Analogie, aber es findet sich zufällig eine im umgekehrten Verhältniß. Wir wissen alle, wenn jemand den Auftrag hat, den Besitz von einer Sache zu ergreifen, so wird durch die Ergreifung dem Mandanten zwar sogleich der Interdictenbesitz erworben, aber der Usucapionsbesitz erst wenn er es selbst erfährt. In Beziehung auf Erwerb und Verlust durch Ersitzung findet also gewiß, wo darauf etwas ankommt, keine Repräsentation Statt hinsichtlich des Wissens oder Nichtwissens.

Dennoch ist es wahr, daß es hier im Ganzen einerley ist, ob der Eigenthümer oder der Pachter es gewußt hat, nämlich wenn wir darauf sehen, was der Constitent zu beweisen hat. Hat er nämlich nur das Eine oder Andre bewiesen, so hat er damit die Offenkundigkeit bewiesen, und das ist genug; nöthig aber hat er wieder so wenig das Eine als das Andre zu beweisen, sobald er nur anderweitig eine öffentliche Ausübung vor den

29) L. 12. C. de possessione.

Leuten darthun kann: was grade in dem untergelegten ersten Fall dadurch besonders wichtig wird, daß wenn auch der Eigenthümer in derselben Provinz, also juristisch gegenwärtig war, er doch während der Verpachtung nicht faktisch benachbart war, also viel leichter nichts davon erfahren konnte, ob Einer da mit der Holzkarre geschoben hatte, es mogte das schlechte Fuhrwerk so öffentlich gebraucht worden seyn als es wollte. Hinsichtlich jener Verheimlichung, die doch seyn kann («debuit timere controversiam adversarii et non denunciavit«), da ist es schon wieder nicht immer einerley, ob er dem Herrn oder dem Pachter (er konnte ja mit diesem colludiren) anzeigte, aber das betrifft dann den Gegenbeweis des Negirenden.

Noch könnte man denken, wo ein Abwesender sich so wenig um sein Gut bekümmerte, da sey er selbst schuld, und wenn er einem schlechten Pachter vertraute, so müsse er den Schaden tragen; und so könnte man hier immer etwas nachsichtiger hinsichtlich des Requisits der Wissenschaft seyn. Aber wo machen denn die Gesetze diese Betrachtung und diesen Unterschied, und macht ihn die Theorie der Gegner selbst? Freilich käme es nur auf die letztere an, so könnte man es hineincorrigiren. Aber wie kommen wir denn hier überhaupt zu einer Verschweigungsverjährung? In einem einzigen Punkt, ist hier eine Annähernng, nämlich daß zwischen Anwesenheit und Abwesenheit unterschieden wird, was der alten Usucapio fremd blieb. Indeß läßt es sich doch darauf stellen, daß es auch als unmoralisch auf Seiten des Ausübenden angesehen werden könnte, wenn er in derselben Zeit gegen einen Abwesenden, wie gegen einen Anwesenden zu verjähren gedächte. Mag dieß gezwungen seyn, so wird doch alles übrige bey dieser Ersitzung ganz ungezwungen auf das Betragen des Ausübenden[30] bezogen, und muß darauf bezogen werden, da die

30) Die Noten geben freilich viel auf das Benehmen des verlierenden Eigenthümers, und auch die Gesetze sollen hier auf eine be-

Geſetze ſelbſt es thun, und unter dieſen auch Juſtinians Const. 12. C. de praescr. long. temp., der ſie der Eigenthumserſitzung auch hierin ganz gleichſtellt. Setzen wir doch die Schlußworte, deren ſchon erwähnt worden iſt, hieher:

> Sit igitur secundum hanc definitionem causa perfectissime composita, et nemo posthac dubitet, neque inter praesentes, neque inter absentes, quid statuendum sit, ut bono initio possessionem tenentis, et utriusque partis domicilio requisito sit expedita quaestio pro rebus ubicunque positis, *nulla scientia vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio. Eodem observando etsi res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti ususfructus et caeterae servitutes.*

Endlich muß ich noch die Inſtanz erwarten, daß wie es auch mit dem innern Werth dieſer Theorieen und ihrem Verhältniß zum reinen römiſchen Recht beſchaffen ſeyn möge, der Gerichtsgebrauch doch längſt für die von mir angegriffene Theorie entſchieden habe. Allein erſtan leugne ich die Exiſtenz eines ſolchen entſchiedenen Gerichtsgebrauchs, nämlich gemeinhin für Teutſchland. Wo mir Akten zu Geſicht gekommen ſind, in welchen über dieß Erforderniß geſtritten wurde, da habe ich nie gefunden, daß auch nur die Advokaten ſich auf einen conſtanten Gerichtsgebrauch berufen haben, ſie deducirten pro et contra aus dem römiſchen Recht, und ebenfalls die Richter in ihren Rationes, indem ſie bald ſo bald anders entſchieden. Die Doctrin, ſelbſt in der Zeit, wo jene Theorie vorherrſchte [31]), war doch immer viel zu ſchwan-

ſondere Regheit des domini hindeuten (no. 22.) Dieß iſt wieder ſehr naiv, denn freilich die Vertheidiger dieſer Theorie müſſen darnach ſuchen, aber werden ſie es finden?

31) Von einem ehemaligen Zuhörer des ſeel. Haubold, der ſich ſchon längſtens ſelbſt als Schriftſteller hervorgethan hat, habe ich z. B. vernommen, daß dieſer durch fleißige und bewährte Praxis eben ſo ſehr als durch profunde Gelehrſamkeit ausgezeichnete Mann immer in

kend und ſtreitig, als daß eine conſtante Praxis ſich hätte bilden können, heut zu Tage hat ſie ſich ſo am wenigſten abgeſchloſſen, und macht auch keine Miene dazu. Sodann aber auch wird wohl heut zu Tage niemand mehr dem conſtanteſten Gerichtsgebrauch eine ſo ſchädliche Auctorität beylegen, daß er allen Verbeſſerungen der Praxis die Thür verſchlöſſe. Das wäre eine wahre Verſteinerung und Verſumpfung des Rechts. — Man könnte mich erinnern, daß ich doch im Anfange dieſes ſelbigen Aufſatzes bey einem andern Punkte dieſer ſelbigen Materie behauptet hätte, der Gerichtsgebrauch würde da dem römiſchen Recht, wenn es ſo wäre wie es nicht iſt, vorgezogen werden müſſen. Wenn ich ſagte, jener Gerichtsgebrauch ſey auch conſtant, er ſey vernünftig, ſo würde mir das wenig helfen, denn ich habe hier einmal den conſtanteſten Gerichtsgebrauch nun fingirt, und über ein beſtehendes Recht ſoll man nicht klügeln. Verſtehen wir uns hier nur recht: der Gerichtsgebrauch iſt kein Geſetz, auch zu ſo einer Art von Geſetz hat ihn nur eine irrige Doctrin machen wollen, das Römiſche Recht, dem man das Schuld gab, hat ihn nie dazu gemacht. Die res perpetuo similiter iudicatae ſind vorzüglich Erkenntnißquelle des Gewohnheitsrechts und als ſolcher wird ihnen im Römiſchen Recht ein Gewicht beygelegt [32]). Mög-

ſeinen Vorleſungen bey Servituten-Verjährung das Requiſit des Titels und ſeines Surrogats verworfen, und es bey dem Erforderniß des non vi, non clam, non precario gelaſſen habe. Auch Heiſe (jetzt Präſident des O. A. Gerichts der vier freien Städte) hatte ſich, wenn mich nicht alles trügt, dafür entſchieden. Doch ſage ich nicht, daß dieſe beyden vorzüglichen Lehrer behauptet haben, die drey Negationen müſten ſämmtlich vom Conſitenten bewieſen werden.

32) Es hat mich gefreut, dieſe meine alte Lehre bey einem jüngern Freunde, den ich beſonders hochhalte, neu wieder zu finden, und zwar ſo, daß nicht zu zweifeln iſt, die Frucht ſey auch auf ſeinem Grund und Boden erzeugt und gereift. Puchta das Gewohnheitsrecht Erlang. 1828. S. 95. Ich ſuche nur die Sache etwas weiter zu führen. — Wenn man ſonſt hier zwey oder drey Präjudicate als das Erforderliche aufzählen wollte, um gleichförmige Urtheile an ſich für die folgenden Richter verbindlich zu machen, ſo beruhte das ſicherlich wieder

lich iſt aber auch, daß ein fortdauernder Gerichtsgebrauch ein Gewohnheitsrecht erſt hervorbringt, oder es doch erſt zur Feſtigkeit führt. Das Letzte würde der Fall ſeyn, wenn ſich im Volk eine Rechtsanſicht ſchon erzeugt hätte, die in den dermalen vorhandenen natürlichen Verhältniſſen ſchon Grund hätte, die aber noch nicht zur vollen Kraft und Klarheit hätte gelangen können: ſo können Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch neben einander heranwachſen, und ſich gegenſeitig unterſtützen. Das Erſte könnte ſich ſo begeben, daß der Gerichtsgebrauch anfangs aus etwas ganz Anderm entſtände, z. B. aus einer falſchen Interpretation; da der Irrthum aber beharrlich geweſen, ſo haben ſich gegenwärtig die Rechtsverhältniſſe im Volk ſchon ſo darnach gezogen und verändert, daß man ihn nun nicht mehr verlaſſen könnte, ohne in dieſe ſelbſt gewaltſam einzugreifen. Hier muß der Richter den Gebrauch achten, aber nur weil er ſchon auf einem Gewohnheitsrecht ruht, welches er ſelbſt erzeugt hat, er war nicht rechtliche, ſondern nur faktiſche Quelle deſſelben. Keines von Beiden kann hier in unſerm jetzigen Falle Satt finden. Verlaſſen wir unſere Fiction wieder und ſehen auf das Wirkliche, ſo finden wir nichts dauerhaftes[33]), die Gerichte widerſprechen ſich in ihren Ur-

auf falſcher Interpretation einiger ſchwer zu erklärenden Pandektenſtellen, womit Juſtinian gewiß ſeine Vorſchrift in L. 13. C. de sententiis: »non exemplis sed legibus iudicandum est,“ nicht paraliſiren wollte. Wann aber die Präjudicate durch das worauf ſie hinweiſen ihre Auctorität erhalten, das laßt ſich nicht auf Zahl und Zeit bringen. Hier, ganz anders wie bey dem Zeitverlauf der Verjährung, iſt jede Zeit- und Zahlbeſtimmung, wie beym Gewohnheitsrecht ſelbſt, unnöthig, da es hier an einem innern Princip nicht fehlt, und zugleich gegen Wahrheit und Gerechtigkeit.

33) Was die Atteſtate dieſes oder jenes ſ. g. practiſchen Schriftſtellers über den Gerichtsgebrauch betrifft, ſo hat man ſich ſchon oft dagegen und überhaupt gegen Präjudicate damit gewehrt, daß faſt nie Gleichheit des Falles vorhanden ſey, und man faſt nie erfahre, was noch ſonſt auf die Entſcheidungen Einfluß gehabt habe. Dieß iſt an ſich ſehr unbedeutend, denn Gleichheit ſoll gar nicht ſeyn, ſondern nur Aehnlichkeit, d. h. Gleichheit im Weſentlichen, und wer gut ſehen kann, der muß das Weſen, was die mehreren Fälle bey aller außerweſent-

theilen, wie die Juriſten in ihren Meinungen und responsis; alles ſtützt ſich auf das römiſche Recht, und die genaueſte, mit den gehörigen Aufſchlüſſen über einige oft misverſtandene Texte gerüſtete Interpretation dieſes Rechts führt darauf, daß diejenigen Recht haben, welche die Wiſſenſchaft deſſen, gegen welchen verjährt werden ſoll, durchweg nicht für nöthig halten, und einen Titel oder Quaſititel hier ſo wenig erfordern als beachten wollen. Im Volk herrſcht gewiß nicht die Meinung, daß die Erſitzung ohne Wiſſen und Dulden nicht vor ſich gehen könne. Das kann gar nicht ſeyn, da es, wie gezeigt worden, unnatürlich iſt; vielleicht kommen grade daher die vielen Streitigkeiten unter den Leuten über dieſe Verjährung, und dieſe könnten nicht in ſolcher Menge entſtehen, wenn eine natürliche und einfache Theorie, wie wir im Sinn der Römer aufzuſtellen geſucht haben, die Oberhand behalten, und jene Theorie mit ihren viel verwickeltern Beweiſen [34]), ihren widerſtrebenden Be-

lichen Ungleichheit mit einander gemein haben, erkennen können. Aber ich leugne nicht, daß mir ſolche Zeugniſſe, wenn ſie nicht mit genauer Entwickelung der Fälle verbunden ſind, allerdings verdächtig ſind. So viel weiß ich aus Erfahrung, daß grade bey Servitutenerſitzung geübte Praktiker die wichtigſten Unterſchiede der Fälle überſehen, und ſich von einem einzelnen Fall, wo einmal scientia in Betracht kam, oder auch nur zufällig vorhanden war, haben regieren laſſen, in ähnlicher Art wie es ſchon mit der L. 2. C. de servitut. gemacht worden war. Das iſt, ohne daß man es ſcharf tadeln darf, leicht möglich, denn wie ſehr die beiden Theorieen ſich in manchen Punkten der Kreiſe nähern, iſt ſchon dargethan worden und wird ſich unten noch mehr zeigen. Und doch gehen ſie anderswo ganz wieder auseinander, was bey ſeltneren und verwickelten Fällen erſt recht zum Vorſchein kommt.

34) Es vervielfacht und verdoppelt ſich hier alles. Es muß wiederholt ſo gehandelt ſeyn, daß der Andre es wußte. Wollte man ſagen, daß es genug ſey, daß er einmal erfahren, wir hätten die Handlung als unſer Recht auf dem Seinigen ausgeübt, nun dürfe er nicht ſtill ſitzen, erführe er nun nicht unſre folgenden nicht verſteckten Handlungen, da wäre ihm das zu imputiren; ſo iſt das ganz willkürlich, und man erhält dann eine vollkommene Verſchweigungsverjährung von der einen Seite mit ihrer *culpa lata* und *levis*. Denn es iſt ja möglich, daß er glauben konnte, der Andre handle ſo, weil er auf ſeine Vergünſtigung hoffe, oder wiederholt aus dringenden Bedürfniß, die gewöhnlichen Wege ſind ſchlecht u. ſ. w. So ferner muß doppelt bewieſen werden, daß das Recht einmal in der Vorſtellung des

ſtandtheilen und ihrer Inconſequenz gänzlich unterliegen könnte, indem dieſelbe zugleich im römiſchen Recht durch nichts wahrhaft unterſtützt wird. Denn der gemeine Mann, der hier doch die zahlreichſte Klaſſe der Berechtigten und Verpflichteten ausmacht, *denkt* zwar nicht ſo conſequent, wie wir es ſollten, aber er *fühlt und ſinnt* viel folgerechter, als wir es pflegen. Offenbar iſt hier aber etwas Zuſammengeſtücktes, eine Erſitzung und eine Verſchweigung, die ſich vermählen wollen, ohne ihren Bund zu Stande bringen zu können. Wogegen die natürliche und römiſche Darſtellung der Sache wie aus einem Guß iſt; denn die Beſtimmung der Dauer nach Anweſenheit und Abweſenheit iſt dem Charakter nicht hinderlich, das iſt bloß etwas *Aeußerliches*, wie lange der Beſitz dauern ſoll. Die urſprünglich teutſche Verjährung, das weiß jeder, iſt oft eine Verſchweigung, wo der Römer das nicht kennt; aber dieß Inſtitut der longi temporis quasi possessio iſt römiſchen Urſprungs, und kann dieſen nicht verleugnen, und ſo iſt es fehlerhaft und unnatürlich ihm zum Theil etwas unterzuſchieben, was ihm fremd iſt, was *innerlich* ſeinem Charakter widerſteht; und dieſe Inconſequenz wird ihre üblen Wirkungen in der Anwendung

Duldenden (was das Geſetz nicht verlangt) und zweitens in der des Ausübenden (was es wirklich verlangt) geweſen ſey. Das clam, wie wir ſelbſt erwähnt haben, kann allerdings *relativ* gedacht werden, aber was man denken kann, darauf kommt es nicht an, ſondern was im Geſetz iſt; dieſes bezieht aber daſſelbe lediglich auf die Geſinnung und das Benehmen des Ausübenden, und ſelbſt das Wiſſen des Andern kommt nur ſo weit in Betracht, als es mit der Redlichkeit dieſes zuſammenhängt; bezieht man es nun willkürlich auch auf das Subject des Duldenden, ſo hat man eine doppelte Imputation, eine doppelte Unterſuchung und einen doppelten Beweis. Ich will wohl glauben, daß ſich ein Richter von geſundem Verſtande dieſen Schlingen gewöhnlich entziehn wird, aber nur weil er die Theorie, die es nicht verträgt, nicht vollaus wirken läßt. Verſtehen aber die Advokaten ihren Vortheil, ſo können ſie eine ſo bunte Doctrin weidlich benutzen, ſie dürfen nur alle Fäden aus dieſem Wulſt herausſpinnen. — Ein ſolches *Mittelding* von Verſchweigung und Erſitzung kann nicht anders als den Streit vermehren und den Proceſſen erwünſchte Nahrung zuführen.

und im Leben der Leute ſelbſt nicht verfehlen, und hat ſie nicht verfehlt. Selbſt ein Geſetz, was jene Theorie, die Titel und Wiſſen erfordert, auf den Thron ſetzte, würde dieß nicht ändern, ſondern in Gefahr kommen, öfters anzuſtoßen, und darum chicanirt zu werden; zum Theil auch wegen der Schwierigkeit der Beweisführung. Das Letztere iſt immer der Hauptgeſichtspunkt des Verfaſſers jenes Aufſatzes im Archiv f. d. C. P., deſſen wir zu Anfang erwähnten, und er findet ſchon allein deshalb die franzöſiſche Geſetzgebung rühmenswerth und muſterhaft (S. 98.), weil ſie dieſe Schwierigkeit dadurch entfernt hat, daß ſie die Erſitzung von den »nichtſtätigen« (servitutes discontinues), ſo wie auch von den »nicht augenfälligen« Servituten (non apparentes) ausſchloß, bey den continues et apparentes aber auf einen Beſitz von dreißig Jahren allgemein einſchränkte. Im Verhältniß zu Teutſchland (denn wie dieß Recht vorher in Frankreich war, iſt mir nicht bekannt) kann ich dem nicht beyſtimmen, denn, von der Unbeſtimmtheit der ganzen Unterſcheidung abgeſehen, ſo iſt das auch kein Heil, einen Rechtsſtoff, der einmal vorhanden iſt, und von dem die Lebensverhältniſſe durchdrungen ſind, nur ſo ohne weiteres zu unterdrücken und zu kürzen[35]). Dieß iſt, wie wir ſchon an andern Beyſpielen geſehen haben, und noch künftig wiederſehn werden, einigermaßen die Methode des Code, und dieſer verdankt er zum Theil ſeine Kürze. Das A. Preußiſche Landrecht, von dem ebenfalls in jenem Aufſatz S. 95. die Rede

35) Die Servituten im Allgemeinen zu begünſtigen iſt nicht rathſam; aber daß ſie nicht zu weit um ſich greifen, dafür hat das Römiſche Recht hinreichend geſorgt, ſchon durch ihre ganze Stellung zum Eigenthum, die nur nicht verrückt werden darf. Darin muß man jenen Noten (no. 43) Recht geben, daß manche Servituten wirklich unentbehrlich ſind, ſelbſt manche ſtädtiſche. Daß aber auch ein vieljähriges Ausüben geſchützt werde, ſcheint ebenfalls nothwendig, wenn das Benehmen des Ausübenden nur fehlerfrey dabey iſt; alles Arbitrium des Richters kann dabey nicht vermieden werden, aber dieſes muß durch eine beſtimmte in ſich conſequente Theorie unterſtützt werden. Es mag ſeyn, daß bey Servituten, die nicht ſo in die Augen fallen, wie z. B. ein Aquäduct, oder die doch nur von Zeit zu Zeit ausge-

iſt, ſo wie es überhaupt milder verfährt mit dem alten Recht, was vor ihm galt, und dadurch eine ſehr lobenswerthe Beſcheidenheit zeigt, iſt auch hier in dieſem Betracht vorzuziehen; nur zeigt es hier etwas Schwankendes, und eine gewiſſe Unreife, ſo daß der Mangel denn doch am Ende wieder aus dem römiſchen Recht, von dem es ſein Inſtitut entlehnte, ergänzt werden muß. Die Quaal, welche hier I. 7. §. 107. verurſachte, iſt, wie ſie dort S. 96 97. dargeſtellt wird, zu beklagen; aber ergötzlich iſt die Auflöſung in der Note 37. zu leſen, welche darauf hinausläuft, die Meinung des Geſetzes ſey: unter den beſtimmten faktiſchen Vorausſetzungen des Geſetzes, (»wer etwas thut oder ſich gefallen läßt, was ihm nachtheilich iſt oder zur Einſchränkung ſeiner Rechte gereicht«), ſoll etwas eben ſo beſtimmt im Geſetz Angegebenes präſumirt werden, aber, und das iſt der Zuſatz des Interpreten, die Präſumtion ſoll nur dann eintreten, wenn in dem vorliegenden Fall die Umſtände ſo geeignet ſind, daß ſie den Schluß, worin die Präſumtion eben beſteht, alſo die Präſumtion rechtfertigen. Und ſo findet er das alles mit dem römiſchen Recht harmoniſch. — Wenn ich rathen dürfte, ſo wäre es das, lieber die Regel: in toto iure generi per speciem derogatur, anzuwenden, und wenn das Specielle in einer einzelnen Materie ſich mit den Abſtractionen, ſie mögen nun ſtehen, wo ſie wollen (ſtehen ſie in demſelben Titel ſo iſt es denn eine Lex fugitiva), nicht recht vertragen wollen, jenes vorzuziehen [36]). Sollte ſich gegen eine ſolche abſtracte Regel alles

übt werden, dieß arbitrium ſich etwas erweitert; aber dieß entfernt noch nicht das praktiſche Bedürfniß auch bey dieſen eine Verjährung zu haben. Ob die Zeit zehn, zwanzig oder dreyßig Jahr ſeyn ſoll, darüber läßt ſich mit Grazie in infinitum diſputiren. Ich denke alſo, das Beſte wird ſeyn, auch für einen neuern Geſetzgeber, es bey dem Recht zu laſſen, was wirklich da iſt, und es nur zu reinigen von den ungehörigen Zuſätzen. — In reinem Zweifel muß allerdings allenthalben gegen die Servitut geſprochen werden. Vergl. darüber Rhein. Muſeum. a. a. O. S. 70 ꝛc.

36) Die röm. Juriſten geben keinen andern Rath L. 1. D. de II. I.

Specielle empören, so mag jene darüber ganz zu Grunde gehn, denn wir sollen die Fehler des Gesetzes nicht hinweginterpretiren, und wenn Eins seyn soll, so ist es auch noch besser, wenn die Gesetzgebung sich nicht auf Abstractionen verstand, als wenn sie das Specielle nicht zu bestimmen vermogte.

Sehen wir nun unsere beiden vorangestellten Fälle an, so ergiebt sich

ad 1. nach unsrer so eben entwickelten Theorie, daß dem Kläger A weder der Beweis eines Titels, noch der Beweis, daß der Beklagte B um die Ausübung gewußt habe, noch beides alternativ; aber auch nicht der Beweis, daß er non vi, non clam, non precario utirt habe, aufgelegt werden dürfe; sondern daß dieß letzgenannte Beweisthema so zu vertheilen und zu reguliren sey:

»würde Kläger zu Recht erweisen,

daß er und seine Vorbesitzer das streitige Ueberfahrtsrecht wenigstens zehn Jahre lang öffentlich [37] von Zeit zu Zeit ausgeübt haben;

so ergeht unter Vorbehalt des direkten Gegenbeweises des Beklagten sowohl, als des Beweises seiner Einrede:

daß das streitige Ueberfahrtsrecht von dem Kläger entweder mit Gewalt oder bittweise oder sonst auf eine unredliche Weise [38] ausgeübt worden sey,

ferner was Rechtens«

ad. 2. ist darnach aber noch keinesweges Alles im Klaren. Hier nämlich, wo von einer negativen (verwehrenden, in non faciendo consistens) Servitut die Frage ist, statt daß dort von einer affirmativen (zu einem Thun berechtigenden — in patiendo consistens) die Rede war, kommt der Rechtstitel noch wieder auf eine ganz eigne Wei-

37) Ich würde noch lieber »offenkundig« sagen; doch könnte dieses auch misverstanden werden.

38) Durch diesen Zusatz ist dem Canonischen Recht und zugleich der Möglichkeit, daß der Beweis, der Andre habe besondre Ursache gehabt, anzuzeigen, geführt werde, genug geschehn.

ſe zum Vorſchein. Das Gewöhnliche iſt nämlich, daß bey den Servituten der erſten Art, wie hier servitus ne luminibus officiatur, ein Beſitz ohne Vitium nur ſeyn kann, wenn ein Titel vorherging. Denn Beſitz kann hier überall nur entſtehen, entweder durch ein Rechtsgeſchäft oder durch ein Verſagen und Verwehren, welches eine Nothwendigkeit des Unterlaſſens hervorbringt [39]). Ohne eins von beiden würde leicht ein bloß indifferenter Zuſtand vorhanden ſeyn, in dem ſich kein Animus possidendi denken läßt. Der Andere hat bloß nicht höher gebaut, hat bloß nicht die Fenſter verbaut, das kann ja auch ſeyn, weil er es nur nicht wollte. — Ganz anders, wenn Einer wiederholt über das Grundſtück des Andern fährt, geht, reitet, die Karre ſchiebt, das gibt immer das Gefühl des Beſitzes, d. h. der Ausübung des Ius servitutis, ſobald man es nicht auf widerrufliche Vergünſtigung oder nur augenblicklich thut, etwa weil man ſich nicht anders zu helfen weiß. Die eine dieſer beiden Arten nun aber, wie hier gemeinhin Beſitz nur entſteht, das Verſagen oder Verwehren macht den Beſitz vitios und daher zur Erſitzung untauglich.—Denn vis iſt hier nicht bloß körperlicher Zwang, ſondern jede Nöthigung, der man nicht entgehen kann oder mag. Nicht darum kann dieß anders ſeyn, weil hier der Eigenthümer ſich durch die Actio negatoria oder durch ein anderes Rechtsmittel helfen kann, denn es iſt dieſes eben ſo wenig wie bey den affirmativen Servituten, eine Verſchweigungsverjährung, oder wie man es auch ſonſt nennt, eine Extinctivverjährung ob negligentiam; auch bey der vis durch Handanlegen hat man ja Rechtsmittel. Alſo wenn bey ſolchen Servituten einmal ein Titel erforderlich iſt, ſo iſt das kein eigenes Requiſit der Verjährung, ſondern es kommt das als Beſtandtheil des Quaſibeſitzes in Betracht.

39) v. Savigny Beſitz. 4. Aufl. S. 468.

Dennoch ist in dem vorgelegten zweiten Fall auf diesem Erforderniß nicht zu bestehen; denn hier ward zwar eine Nöthigung des P. von N. beabsichtigt, aber sie geschah nicht, da P aus Güte und nachbarlicher Gefälligkeit nicht ausführte, was N nicht gern sah, und diese Gefälligkeit muß hier grade so viel wirken, wie der Titel, nämlich Ausschließung des Vorwurfs, alterum *vi* quasi possedisse. War denn aber das kein Precarium? Nimmermehr; aber nicht deshalb, weil keine Bitten des N der wohlwollenden Erklärung des P vorangegangen waren, denn L. 1. pr. D. de precario will nur das Precarium durch die fast immer dabey vorkommende Thatsache bezeichnen. Im Wesen einer frei widerrufbaren Vergünstigung liegt dies nicht. Hätte sich z. B. in unserm Fall, auf jene Erklärung des P, N dahin geäußert, »so meine er es ebenfalls, er wolle auch grade kein strenges Recht behaupten, aber er verspräche sich auch eine solche Gefälligkeit von P, und würde im umgekehrten Fall eben so handeln; so hätte hier ein Precarium der Ersitzung widerstanden, denn P wäre nur den Bitten des N zuvorgekommen. Das war aber nicht einmal behauptet worden: hatte es nun also im übrigen mit dem Vorgang, wie er oben erzählt worden, in allem seine Richtigkeit, und war das vor zehn Jahren so vorgefallen, so muste erkannt werden, daß N wirklich die *Servitus ne luminibus officiatur* für sein Haus durch Erwerbung gewonnen habe, und es konnte nicht im Wege stehen, daß der neue Besitzer O inzwischen davon nichts gewußt hatte, denn N hatte gar keinen Beruf ihm dieß anzuzeigen, und auf die Scientia an sich kommt nichts an, nicht im Anfang nicht in der Dauer, so wenig als auf einen eigentlichen Rechtstitel, der hier auch nicht vorhanden war. Und so ist denn auch hier von unserm Spruchcollegium vor geraumer Zeit in dem Resultat einstimmig entschieden worden. Ich bemerke nur, daß ich in diesem Augenblick mich nicht genau erinnere, ob vor Eintritt des neuen Besitzers die

Erſitzung auch ſchon vollendet war. Das iſt aber auch zu unſerm Zweck ganz gleichgültig. Ueber den erſten Fall waren vor ungefähr anderthalb Jahr in unſerm Collegium die Anſichten ſehr mannigfaltig, doch wurde dasmal nach meinem Votum das Urtheil abgefaßt. Referent bin ich in beiden Sachen nicht geweſen. Für Gegengründe bin ich gewiß nicht unempfänglich, fallen ſie aber nicht erheblicher aus, als in ihren Beziehungen die oft erwähnten Noten, ſo iſt es beſſer zu ſchweigen, und die Sache ihrem Schickſal zu überlaſſen.

Faſſen wir nun noch einmal die Hauptmomente zuſammen, ſo ſind es dieſe:

I. Ob man nur allein den Beweis des Beſitzes oder der Ausübung des Rechts der Servitut die geſetzliche Zeit hindurch, oder den Beweis dieſer und zugleich die Offenkündigkeit derſelben auflegt, wird dem Effekt nach im Ganzen wenig Unterſchied machen; denn der Richter wird doch immer vor allen Dingen darauf zu ſehen haben, in welcher Weiſe die Ausübung geſchah, und da wird ſich faſt immer ergeben, ob die Weiſe an ſich eine verſteckte und verhehlende war. Das Uebrige wird dann zu präſumiren, oder das Gegentheil von der andern Parthey zu erweiſen ſeyn. Es iſt aber beſſer, in dem Interlocut gleich auf die Unverholenheit als auf den Punkt, der vor allen Dingen auszumitteln iſt, hinzuweiſen, und den Conſitenten darüber nicht in Zweifel zu laſſen, daß er dieſen vor allen Dingen aufzuklären habe. Und wie wenn der andre Theil die Ausübung während der zehn, zwanzig Jahre eingeſtand, aber behauptete, ſie ſey heimlich, gewaltſam, auf Vergünſtigung geſchehen? Soll hier nun der Regirende auch die Heimlichkeit beweiſen? Es iſt alſo immer allein richtig, und zuweilen ganz unentbehrlich, dem Conſitenten die Oeffentlichkeit ſobald ſie ſpeciell oder implicite geleugnet worden, zum Beweis zu ſtellen, das Uebrige aber, wie oben näher angegeben worden, zu präſumiren.

II. Wollte man den Beweis entweder eines Rechtstitels oder daß der Andre darum gewußt und es geduldet habe, erfordern, ſo würde man zur einen Hälfte etwas Irrelevantes, da der Titel an ſich nicht einmal zum voraus über die bona fides entſcheiden kann, in das Beweisthema aufnehmen, zur andern Hälfte würde etwas zum Beweis geſtellt werden, was rechtmäßig nimmermehr verlangt werden kann. Sieht man auf den Effekt, ſo wird freilich in vielen Fällen dieß nicht ſchaden, da der Eigenthümer des als dienend in Anſpruch genommenen Grundſtücks, oder wer dieſes ſonſt zu vertreten hat, die öffentlich geſchehene Ausübung wird erfahren haben, und wenn er keinen Widerſpruch einlegt, ſie dann auch geduldelt hat. Allein ſchon in der Fortdauer iſt dieß nicht bey allen Servituten ſo leicht zu erkennen, es kann das einmal, wie er es duldete, eine augenblickliche Nachſicht (nicht grade Precarium) geweſen ſey, nachmals hat er es nicht wieder erfahren, z. B. weil er das Grundſtück inzwiſchen verpachtete; oder es ergibt ſich auch, daß er es niemals erfuhr, ohne daß noch klar iſt, der Ausübende habe ihm verhehlen wollen. In allen ſolchen Fällen würde es gegen das poſitive Recht und die natürlichen Verhältniſſe ſtreiten, den Conſitenten darum verlieren zu laſſen, weil der Regant nicht darum gewußt habe.

III. Machte ſich die Meinung geltend, daß von dem Conſitenten nicht allein der geſetzlich dauerhafte Quaſibeſitz, ſondern zugleich die drey negativen Eigenſchaften deſſelben: non vi, non clam, non precario, zu beweiſen ſeien, ſo würde man entweder die Richter, welche nachmals die Beweisführung zu beurtheilen hätten, ſo zu ſtimmen vermögen, daß ſie mit einer dem Beweisthema widerſprechenden Nachſicht das Meiſte präſumirend ergänzten, und da würde auf eine außerordentliche Weiſe daſſelbe, was auf ordentlichem Wege möglich war, erreicht werden, nämlich daß man hinterher von der Offenkundigkeit vermuthete, ſie ſey ohne vis und

precarium geſchehen; oder man würde auch das, was die franzöſiſche Geſetzgebung direct beynahe hervorbrachte, indirect vollaus hervorbringen, daß von einer Servituten-Erſitzung nicht mehr die Rede ſeyn könne. Nur zur Chicane oder gegen gutherzig alles Eingeſtehende würde dann und wann einmal ſo etwas noch behauptet werden, denn die es ehrlich meinten, würden wohl einſehen, daß der Beweis ihrer Negationen gegen den dieſe wieder Negirenden nothwendig verunglücken müſte.

Ueber das Cincische Gesetz

von

Herrn Professor Unterholzner in Breslau. *)

Seitdem die Vaticanischen Palimpsesten neue Aufschlüsse über den Inhalt des Cincischen Gesetzes gebracht haben, ist so viel über diesen Gegenstand geschrieben worden, daß ich lange Be-

*) Es thut mir sehr leid, daß dieser interessante Aufsatz nicht früher hat abgedruckt werden können. Er ist seit April nicht mehr in den Händen des Herrn Verfassers gewesen. Die Ursache dieser Zögerung ist, weil ich wünschte, ihn vorher zu studieren. Da er sich auf einen früheren Aufsatz von mir bezieht, so konnte es nöthig und paßlich seyn, hie und da eine Anmerkung hinzuzufügen. Eine Krankheit von mehreren Monathen (alles was von mir in dieser Zeitschrift seitdem erschienen ist, war vor meiner Krankheit gearbeitet) und nach meiner Genesung gehäufte Akeen- und andre Arbeiten traten dazwischen. Nun da ich die Abhandlung mit Sorgfalt gelesen habe, sehe ich wohl daß die Anmerkungen gerne entbehrt werden könnten; wenigstens nöthig sind sie nicht, da in allem Wesentlichen, so viel ich habe bemerken können, der Verfasser mir beveritt. So habe ich denn nur ein paar Asterisken beygefügt. Sie balanciren sich gleichsam, da die eine Bemerkung eine Correctur des Textes aufgibt, die andere eine solche zu retten sucht. Die Hauptabweichung von meiner Darstellung aber betrifft das Interdictum utrubi. Was ich darüber vorgebracht habe, hatte ich selbst S. 237 eine Conjectur genannt, und man könnte denken, ich müßte um so bereitwilliger seyn, es aufzugeben. Aber nicht also: eine Gewißheit kann sich schon selbst vertheidigen, eine Vermuthung bedarf eines Vertheidigers, und der zu seyn, ist natürlich des Autors nächste Pflicht. Mag es nun ein Irrthum seyn oder nicht, wir müssen das eigene Kind allemal in Schutz nehmen, und das wird in einem Anhange am Schluß dieses Aufsatzes geschehn. Mit diesem Schriftsteller ist Disputiren möglich und kann auch zu etwas führen, da sich von demselben weder roher und platter Widerspruch noch alle die abgenutzten Künste der Scheelsucht und Verkleinerung erwarten lassen, die man der Schwäche nachsehen muß, weil sie sich darohne nicht behelfen kann. Uebrigens bitte ich aber doch nirgends aus meinem Stillschweigen auf Beystimmung oder Abstimmung zu schließen. Ich mache ungern Noten zu den Aufsätzen, die uns durch die Gefälligkeit ihrer Verfasser zukommen. H.

denken trug, ob ich dieſen Aufſatz der Oeffentlichkeit übergeben ſollte: denn es iſt vorauszuſehen, daß diejenigen welche geſchichtlichen Unterſuchungen nur einen ſehr untergeordneten Werth beizulegen geneigt ſind, darin einen neuen Beweis finden werden, wie ſehr die Vorliebe für die Erforſchung veralteter Rechtseinrichtungen überhandnehme und nützlicheres Streben hindere. Und doch — dieſer Gegenſtand iſt ſo vielfach belehrend und bietet ſo wichtige Beziehungen dar, daß man nicht ſo leicht von ihm loskommen kann, wenn man einmal angefangen hat, ſich genauer mit ihm zu beſchäftigen. Was von einem der Herausgeber in einem früheren Hefte dieſer Zeitſchrift (H. 2. S. 185 — 248.) geleiſtet iſt, hat unſtreitig die Unterſuchung außerordentlich gefördert. Dennoch glaubte ich mich in einigen Punkten vielmehr zu den Anſichten der Vorgänger neigen zu müſſen, indem mir die Schwierigkeiten, welche den Verf. veranlaßt hatten, von ihnen abzugehen, eine Löſung zuzulaſſen ſchienen: hie und da bin ich auch wohl zu einer neuen Anſicht gekommen, die vielleicht der Mittheilung werth ſein dürfte. Um die Vergleichung zu erleichtern, iſt auf Haſſe's Aufſatz durchweg verwieſen worden, aber freilich ſo kurz als möglich (durch die Sigle H. und die beigefügte Zahl der Seite oder der Bemerkung: im letzten Fall iſt der Zahl ein n. vorgeſetzt). Andere Arbeiten der Vorgänger ſind unerwähnt, aber darum nicht unberückſichtigt geblieben [1]). Was die Quellen geben, iſt in dieſem Aufſatz ſo viel als möglich vollſtändig verarbeitet, damit er eine ſelbſtändige Ueberſicht gewähre.

1) Vgl. H. 184 — 188. Seitdem iſt hinzugekommen eine Beurtheilung mehrerer hierher gehöriger Schriften (in Schunk's Jahrb. B. 6. 48—61, welche Zimmern zum Verf. hat. — Von den in dieſem Aufſatz vorkommenden Textverbeſſerungsverſuchen (in den Vaticanen.) ſind ſehr viele ſchon von Andern vorweggenommen. Bei folgenden iſt es ſo viel ich weiß nicht der Fall. Vat. §. 266. (Anm. 66.), §. 275. (Anm. 36.) §. 283. (Anm. 10.), §. 298. (Anm. 23.), §. 306. (Anm. 24.), §. 307. (Anm. 26.), §. 311. (Anm. 12. „annum"), §. 312. Anm. 56, §. 314. (Anm. 29.). Die Aenderungen im Vat. 259. (Anm. 36.) beruhen auf der Vermuthung eines Freundes.

I. Regelmäßige Beſchränkung der Schenkungen durch das Cinciſche Geſetz.

§. 1. Zweierlei kann jetzt mit Sicherheit als Inhalt des Cinciſchen Geſetzes angegeben werden: erſtens das Verbot der Schenkungen an Redner wegen einer von ihnen zu führenden Vertheidigung eines Rechtshandels (ob causam orandam), und zweitens die Beſtimmung eines auf Beſchränkung der Schenkungen abzweckenden Maaßes (modus), womit jedoch weder behauptet werden ſoll, daß das Cinciſche Geſetz gerade dieſe Folge beobachtet habe, noch auch, daß die Unterſagung der Belohnungen an die Redner der hauptſächliche Zweck dieſes Geſetzes geweſen ſei. — Ueber den erſten Punkt enthalten die Vaticaniſchen Palimpſeſten gar nichts: wir ſind alſo auf die dürftigen Nachrichten beſchränkt, welche uns ſchon früher bekannt waren. Da bei Tacitus (annal. XI. 6) bloß von Gaben die Rede iſt, welche »ob causam orandam« gegeben werden (ſ. Anm. 2.); ſo könnte man geneigt ſein zu glauben, das Verbot ſei ausſchließlich auf ſolche Schenkungen gegangen, welche vor der Sachführung gemacht wurden: etwa in demſelben Geiſte, in welchem ſpäterhin Valentinian III. in Anſehung der Aerzte verordnete, daß ihnen zwar erlaubt ſein ſolle, anzunehmen »quae sani offerunt pro obsequiis«, nicht aber »quae periclitantes pro salute promittunt« (l. 9. C. de profess. et medic. 10. 52.). Dagegen ſpricht aber wieder, daß die Unterſcheidung zwiſchen Gaben, welche zum voraus, und zwiſchen Gaben, welche hinterher gegeben werden, erſt in einem zur Zeit des K. Trajan gemachten Senatsbeſchluß, und zwar, wie es ſcheint, als etwas Neues, vorkommt (vgl. H. 214) [2]). Was den

2) Ueber die Beweggründe dieſer geſetzlichen Beſtimmung giebt einigen Aufſchluß was Livius (XXXIV, 4.) den Cato ſagen läßt: „Quid legem Cinciam de donis et muneribus, nisi quia vectigalia jam et stipendiaria plebes esse senatui coeperat.“ Die Redner mochten alſo angefangen haben, ihre Unentbehrlichkeit zu benutzen, und

zweiten Punkt angeht, ſo haben uns die Vaticaniſchen Palimpſeſten (Vat. §. 298—309) ein Bruchſtück aus »Paulus lib. LXXI. ad edictum ad Cinciam« aufbewahrt, wo von den Perſonen die Rede iſt, welche das Cinciſche Geſetz von ſeinen Vorſchriften ausnimmt (vgl. §. 7.). Da heißt es nun von den Vormündern: das Geſetz nehme ſie aus »quia tutores quasi parentes proprii pupillorum sunt: nam permisit eis in infinitum donare« [3]). So kann es nun auch

ihren Beiſtand theuer zu verkaufen, zumal denjenigen, die nicht Standesgenoſſen waren (der plebs). Wenn von Auguſt berichtet wird, er habe die Redner, welche dagegen handelten, um das Vierfache zu büßen, befohlen (Dio Cass c. 54. ed. Reimar. pag. 747. „ῥήτορας ἀμισθεὶ συναγορεύειν ἢ τετραπλάσιον, ὅσον ἂν λάβωσιν ἐκτίνειν"); ſo iſt dieſes wohl nicht bloße Wiederholung, ſondern Verſchärfung des Cinciſchen Geſetzes. Dennoch wurde auch ſpäterhin wieder dagegen geſündigt. Zur Zeit des Claudius hatte man deſſen gar kein Hehl, wie man aus Tacitus (annal. XI, 6 7.) ſieht. Der Senat verlangte daß man das Cinciſche Geſetz in Kraft ſetze („qua cavetur antiquitus, ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat"). Der Kaiſer begnügte ſich inzwiſchen ein Maaß feſtzuſetzen („capiendis pecuniis posuit modum usque ad dena sestertia"): wer das Maaß überſchreite, der ſei repetundarum in Anſpruch zu nehmen. (Das letzte iſt vielleicht nur Wiederholung deſſen, was ſchon Auguſt feſtgeſetzt hatte, dieſe Annahme erklärt nämlich am natürlichſten die Strafe des Vierfachen, welche ſeit dem Corneliſchen Geſetze bei dem crimen repetundarum gilt und in dem Juliſchen Geſetze beſtätigt iſt.) Unter Nero wird dieſe Beſtimmung des Cinciſchen Geſetzes von neuem eingeſchärft. (Tac. annal. XIII, 5, „Multaque arbitrio senatus constituta sunt: Ne quis ob causam orandam mercede aut donis emeretur." Suetonius, Nero c. 17. ſagt: „ut litigatores pro patrociniis certam justamque mercedem darent," was verleiten könnte, zu glauben, es ſei die Höhe des Ehrenſoldes nach gewiſſen Abſtufungen feſtgeſetzt worden, was aber gewiß nur auf das von Claudius beſtimmte Maximum geht.) Ein ſpäterer Senatsbeſchluß, der zur Zeit des jüngern Plinius gemacht wurde (Plin. ep. V. 21.) verordnet, daß die Parteien allemal ſchwören ſollten: „nihil se ob advocationem cuiquam dedisse, promisisse, cavisse. Erſt nach Beendigung der Sache darf etwas genommen werden, aber nicht über dena millia (die dena sestertia des Claudius): von der poena repetundarum iſt hier nicht die Rede, was aber freilich noch kein genügender Beweis für die Abſchaffung iſt. (Ueber die zur Zeit Trajans ſchon wieder eingeriſſene Nichtachtung gegen die beſtehenden Vorſchriften, wodurch der eben erwähnte Senatsbeſchluß herbeigeführt wurde vgl. Plin. epist. V, 4. 14.)

3) Vat. §. 304. Die Hdſchr. hat „nam permisit eis infinitum donare" aber die Verdoppelung des *in* rechtfertigt ſich durch die Vergli-

weiter kein Bedenken mehr haben, den Anfang in Ulpian's liber sing. regul., wie Cujacius und von Savigny ſchon längſt behauptet hatten, auf das Cinciſche Geſetz zu beziehen und dieſer Beziehung gemäß zu ergänzen:[4]) ſo wie wir auch die Stelle in den sententiae des Paulus (V. 11. §. 6. vgl. Anm. 34.) mit Rückſicht auf das Cinciſche Geſetz zu erklären befugt ſind. Ferner ſind nunmehr alle Digeſtenſtellen, in welchen von einem legitimus modus oder legis modus die Rede iſt, auf das Cinciſche Geſetz zu beziehen[5]). Das nämliche gilt von der L. 23. D. de donatt. 39. 5., wo in Anſehung der Schenkungen eine »summa quantitatis« erwähnt wird (vgl. Anm. 35) und von der L. 9. §. 1. ib., wo über die Berechnung der Größe einer Schenkung eine Unterſuchung angeſtellt wird. Endlich muß auch die in der L. 34. §. 3. C. de donatt. 8. 54. von Juſtinian erwähnte Meinungsverſchiedenheit der *veteres* über die Berechnung der legitima quantitas bei den Schenkungen auf die verſchiedenen Anſichten der alten Rechtsgelehrten über die Anwendung des Cinciſchen Geſetzes gedeutet werden[6]). Ob eine in Cicero's Briefen vorkommende

chung von L. 7. §. 1. D. de lege Jul. repetund. 48. 11. und Paul. Sent. V. 11. §. 6.

4) Ulp. I. 1. *„(Imperfecta lex est veluti Cincia quae ultra ..... donare)* prohibet exceptis quibusdam cognatis, et si plus donatum sit non rescindit."

5) L. 5. §. 2. D. de doli mali et met. except 44. 2. (ſ. Anm. 21.) L. 24. D. de donatt. 39. 5. (ſ. Anm, 21.). Hierher gehört auch die Erwähnung der immodica donatio in der L. 21. §. 1. D. donatt. 39. 5. Vgl. jedoch über die Beziehung dieſer Stellen auf das Cinciſche Geſetz den §. 5.

6) L. 34. §. 4. C. de donatt. 8. 54. „Si quis autem talem receperit donationem, in qua stipulatus fuerit, annuam quandam sibi praestari quantitatem tantae summae, quae non excedit legitimum donationis modum, variabatur, utrum eum ex particulari donatione multas fecisse donationes existimandum sit et eas actis non indigere: an ex totius stipulationis fundamento et fonte eius ex quo annuae donationes profluxerunt, et unam esse eam donationem putandam, et procul dubio monumentorum observatione vallandam. Quod veteres quidem satis ab inde que variaverunt; nos autem omnia certa diversione concludimus..." Die Worte „Quod veteres...variaverunt" können recht gut heißen: „Bei den alten Schriftſtellern findet man in einer ganz ähnlichen Frage (nämlich in Beziehung auf

Stelle auf das im Cinciſchen Geſetze beſtimmte Maaß der Schenkungen gehe, iſt ſehr zweifelhaft 7). Im Vat. §. 294. kann eine ſolche Beziehung gewiß nicht geſucht werden 8). Ueber Vat. §. 266. an einem andern Orte (im §. 5). — Das im Cinciſchen Geſetze beſtimmte Maaß kennen wir nicht. (H. 192—194). Zwar iſt die Vermuthung, daß die feſtgeſetzte Summe 20,000 Seſtertien betragen habe, nicht ſchlechthin abzuweiſen: aber ſie bleibt denn doch immer höchſt unſicher. Denn, wenn Theodoſius II. in der L. 8. Th. c. de sponsal. 3-5. die actorum confectio bei den geringeren Schenkungen erläßt und dabei die Summe von 200 solidi (20,000 Seſtertien) als Gränze annimmt (vgl. §. 14); ſo konnte ihm leicht etwas anderes vorſchweben als das Cinciſche Geſetz. Bedenkt man, daß der Cinciſche Geſetzesantrag (v. J. 550) mit der Lex Furia testamentaria (vor 585) ungefähr gleich-

das Cinciſche Geſetz) abweichende Anſichten.“ Immerhin iſt es natürlicher, als wenn unter den veteres die von Juſtinian in Beziehung auf das neuere Recht der Schenkungen aufgekommenen Anſichten gemeint ſein ſollen.

7) Cic. ad Att. I. 20. „...Nunc... L. Papirus Paetus, vir bonus amatorque noster, mihi libros eos, quos ser. Claudius reliquit, donavit. Cum mihi, per legem Cinciam licere capere, Cincius amicus tuus dixisset; libenter dixi, me acceptorum, si attulisset...“ Die ſcherzhafte Anſpielung braucht nicht auf den Werth des Geſchenks Beziehung zu haben; ſie kann auch mit den beſondern Beſtimmungen des Cinciſchen Geſetzes über die munera ob causam orandam zuſammenhängen.

8) Vat. §. 294. „... Diversa ratio est contra legem Cinciam factae donationis. Tunc enim exceptionem voluntatis perseverantia doli exceptione perimit (vgl. §. 12.): cum pater filiis quos habuit ac retinuit in potestate, donat, nihil prodest, non mutari voluntatem, quoniam, quod praecessit, totum irritum est.“ *Totum* iſt hier ſo viel als *in totum*. (Vielleicht iſt auch *in* ausgefallen). Totum irritum est heißt alſo: die Schenkung iſt ſchlechthin ungiltig: ſo wie L. 4. § 9. D. de manumiss. 40. 1. „In illis esse servis non intervenit constitutio, qui in totum ad libertatem perduci non possunt: utputa si ..., testamento hanc conditionem acceperit, ne unquam manumitteretur.“ Es ſteht alſo hier die Ungiltigkeit, welche ſchlechthin eintritt, der Ungiltigkeit ex lege Cincia entgegen (vgl. §. 9), nicht aber die Ungiltigkeit des Ganzen der Ungiltigkeit eines Theils. Bei der letzten Deutung würde eine Anſpielung auf das Maaß des Cinciſchen Geſetzes anzunehmen ſein.

zeitig ſein muß, und daß nicht recht einzuſehen iſt, warum die Freigebigkeit unter Lebenden einen ſo viel größern Spielraum hätte haben ſollen als ihr bei den Vermächtniſſen gegönnt war; ſo hat gewiß die Vermuthung viel für ſich, daß auch für die Schenkungen eine ähnliche Summe beſtimmt war, wie ſie die lex Furia für die Vermächtniſſe feſtgeſetzt hatte. Daß die lex Furia auch in Anſehung der ausgenommenen Perſonen eine Verwandtſchaft mit dem Cinciſchen Geſetze zeigt (Vat. §. 301), möchte ich nicht eben ſo ſehr hoch anſchlagen: aber darauf wäre vielleicht doch einiges Gewicht zu legen, daß in Anſehung der ausgenommenen Perſonen das Furiſche Geſetz ſogar milder iſt als das Cinciſche, weil es alle Verwandte des ſechſten und ſogar einige des ſiebenten Grades von der Beſchränkung des Geſetzes entbindet, während das Cinciſche Geſetz um einen Grad zurückbleibt. Dem Geiſte gemäß, der hier ſich ausſpricht, müßte das Cinciſche Geſetz das Maaß der Schenkungen eher unter als über 1000 asses geſetzt haben, und es wäre alſo auf jeden Fall anzunehmen, daß die unter dem Maaße des Geſetzes ſtehenden Schenkungen recht eigentlich als geringfügige gelten konnten: eine Annahme, welche manche Schwierigkeiten erklären kann, die uns in dem Rechte des Cinciſchen Geſetzes aufſtoßen. (Ueber die Frage, ob bei Berechnung der Größe einer Schenkung die Früchte angerechnet werden, iſt L. 9. §. 1. D. de donatt. 39. 5. zu vergleichen.)

§. 2. In einer ſichtbaren Beziehung auf das Cinciſche Geſetz ſteht eine andere die Schenkungen betreffende rechtliche Anordnung. Schon vor dem Auffinden der Vaticaniſchen Palimpſeſten war uns nicht unbekannt geweſen (was freilich jetzt ungleich klarer geworden iſt), daß bei den Schenkungen die vollſtändige Vollziehung derſelben, in rechtlicher ſowohl als factiſcher Hinſicht, zur Rechtsbeſtändigkeit weſentlich ſein kann. Dieſes zeigt ſich theils darin, daß die mancipatio ohne Uebergabe nicht ausreicht, theils aber, und ganz be-

ſonders, darin, daß bloße Verſprechungen, auch wenn ſie durch stipulatio bekräftigt ſind, nicht verbinden. (H. 217 — 219) 9). Der Zuſammenhang mit dem Cinciſchen Geſetze iſt ſchon daraus klar, daß dieſe Beſtimmungen bei den im Cinciſchen Geſetze ausgenommenen Perſonen (exceptae legis Cinciae personae) keine Anwendung finden, und daraus, daß in den Vaticaniſchen Palimpſeſten die Blattſeiten, auf welchen von dieſem Rechte die Rede iſt, die Ueberſchrift führen »De donationibus ad legem Cinciam.« Berechtigt uns dieſes aber zu dem Schluße, daß dieſe Nothwendigkeit der Vollziehung auf einer Verfügung des Cinciſchen Geſetzes beruht? Gewiß eine wichtige Frage. Noch wichtiger iſt es aber, daß wir ausmitteln, ob die Vollziehung bei allen Schenkungen zur Rechtsbeſtändigkeit nothwendig war, oder ob ſich dieſes Erforderniß auf die das Maaß des Cinciſchen Geſetzes überſteigenden Schenkungen beſchränkte. Ich werde auf beide Unterſuchungen weiterhin (§§. 5. 6.) zurückkommen: zunächſt iſt es nöthig, den Grundſatz ſelbſt, in Folge deſſen die Rechtsbeſtändigkeit der Schenkungen von der vollſtändigen Voll-

9) Vat. §. 311. „Sed in persona non excepti sola mancipatio vel promissio non perficit donationem ....“ (Vielleicht gieng darauf auch urſprünglich L. 9. §. 3 D. de donatt. 39. 5. „Donari non potest, nisi quod ejus fit, cui donatur.“) Der vollſtändige Beweis ergiebt ſich aus den Anwendungen dieſes Grundſatzes (vgl. §§. 3. 4.), und daraus, daß in den ausgenommenen Fällen geſagt wird, die Schenkung werde ſchon durch die promissio rechtsbeſtändig. Vat. §. 310. „Perficitur donatio in exceptis personis sola mancipatione vel promissione ...“ Arg. Vat. §§. 103. 263. (Dieſer letzte Umſtand ſcheint denn auch wohl hinreichend zu beweiſen, daß die mancipatio und traditio nicht ſchon „nach der Natur des Geſchäfts zum Begriff der Schenkung“ gehören wie wohl ſchon behauptet worden iſt. Man vgl. auch L. 2. pr. de donatt 39. 5. („Si cum filius familias pecuniam donare vellet, patris jussu eam *promisit*; valet *donatio* ...“) und eine Menge anderer Stellen. Daß donatio oft vorzugsweiſe die traditio donationis causa iſt, ſoll übrigens nicht geläugnet werden. — Wenn in den Digeſten eine bedeutende Anzahl von Stellen vorkommt, in welchen die Möglichkeit einer Verbindlichmachung durch promissio vorausgeſetzt wird; ſo iſt dieſes theils mit Beziehung auf die das Maaß des Cinciſchen Geſetzes nicht erreichenden Schenkungen zu erklären, theils und ganz vorzüglich iſt dabei an das in den ausgenommenen Fällen (vgl. §. 8.) geltende Recht zu denken.

ziehung abhängt, durch Entwickelung ſeiner Anwendung zu verdeutlichen.

§. 3. Betrachten wir zuerſt die Schenkungen körperlicher Sachen. (Vgl §. 196—198.) I. Wenn eine unbewegliche Sache, welche nicht res mancipi iſt, dem Beſchenkten übergeben wird, ſo iſt die Schenkung ſo vollſtändig zur Vollziehung gekommen als es nur immer möglich iſt: daher hat ſie auch durch die bloße Uebergabe ihre vollſtändige rechtliche Wirkſamkeit erlangt. Die Anwendung dieſer Grundſätze finden wir bei den praedia tributaria und stipendiaria [10]). Wenn dagegen die unbewegliche Sache eine res mancipi iſt, ſo bedarf es der mancipatio und der Uebergabe, weil dann erſt die Schenkung ſowohl in rechtlicher als auch in factiſcher Hinſicht vollkommen ausgeführt iſt [11]). Es liegt in der Natur der Sache, daß in den Fällen

10) Vat. §. 313. „Donatio praedii ... quod nec mancipi est traditione sola (nämlich perficitur).“ Vat. §. 259. „Mulier ....., praedium stipendiarium instructum non mortis causa Latino donaverat. Perfectam in praedio ... donationem esse apparuit .....“ Vat. §. 293. „In donatione rei tributariae circa exceptam et non exceptam personam legis Cinciae nulla differentia est: cum et vacuae possessionis inductione celebrata in utriusque persona perficiatur, et si hanc secutam post hujusmodi placitum non constet manifeste nec coepta videatur. Quapropter in his quidem quae solo tributario consistunt, a majore quinque et viginti annis in vacuam inductos possessionem ostendi convenit ...“ (Ein Unterſchied iſt zwar noch, inſofern die ausgenommenen Perſonen auch durch ein bloßes Verſprechen ſich ſchenkungsweiſe verpflichten können, während dieſes bei den nicht ausgenommenen Perſonen nicht möglich iſt. Vgl. unten Anm. 28 n. 1. Aber die angeführte Stelle der Vaticaniſchen Palimpſeſten ſpricht auch offenbar nur in Beziehung auf unmittelbare Schenkungen und läßt die promissio donationis causa ganz unberückſichtigt.) Vat. §. 315. „Cum ex causa donationis uterque dominium rei tributariae vindicetis; eum, cui priori res tradita est, haberi potiorem convenit.“ Vat. §. 283. „Si stipendiariorum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem ejus, qui accepit, ad te rediret; donatio irrita est, eum a te (Cod. *ad te*) proprietas transferri nequiverit. Si vero usumfructum in eam, contra quam supplicas, contulisti; usumfructum a proprietate alienare non potuisti.“

11) Vat. §. 313. „Donatio praedii, quod mancipi est, inter non exceptas personas traditione atque mancipatione perficitur .....“ Wenn in Inſchriften manchmal die mancipatio allein erwähnt wird, ohne daß von der Uebergabe die Rede wäre, ſo kann dieſes wohl nicht als eine Schwierigkeit gelten. Es fehlt auch nicht an Inſchriften, welche der Einführung in der vacua possessio ausdrücklich erwähnen

wo eine res mancipi durch bloße Uebergabe ohne mancipatio übertragen worden iſt, nach Ablauf der Verjährungszeit der Mangel gehoben und die vollſtändige rechtliche Wirkſamkeit herbeigeführt iſt. (Vgl. Anm. 12.) II. Wenn eine bewegliche Sache geſchenkt wird, ſo wird, wenn es eine res mancipi iſt, die rechtliche und körperliche Uebertragung, alſo mancipatio und Beſitzüberlieferung, erfordert: wenn es eine res nec mancipi iſt, kömmt es auf die bloße Beſitzüberlieferung an, weil dieſe zugleich die vollſtändige rechtliche Uebertragung bewirkt. Den Mangel der mancipatio erſetzt auch hier die usucapio. Merkwürdig iſt, daß die Uebergabe bei den beweglichen Sachen, ſie ſeien nun res mancipi oder res nec mancipi, nicht eher vollſtändig wirkſam iſt, als bis der neue Beſitzer auch durch die erforderliche Dauer ſeines Beſitzes gegen das interdictum utrubi geſichert iſt [12]). Der Empfänger des Geſchenks wird alſo nach

Gruteri inscriptt. p. 1081. n. 1. Muratori thes. vett. mscr. tom. 1. p. 337. p. 439. n. 1.

12) Vat. §. 311. „Sed in persona non excepti sola mancipatio vel promissio non perficit donationem. In rebus mobilibus, etiamsi traditae sint, exigitur, ut et interdicto utrubi (im Cod. *vel*) superior sit is cui res (im Cod. fehlt *res*) donata est, sive mancipi mancipata sit, sive nec mancipi tradita.“ Vat. §. 293. „.... Rerum autem mobilium sive moventium, si non (im Cod. fehlt *non*) excepti fuistis, quae mancipi sunt usucapta vel mancipata post annum (im Cod. fehlt *annum*) vel antea majore tempore a vobis anni possessa avocari non possunt: nec mancipi vero traditione facta, propter e jusdem interdicti potestatem similis possessionis probatio necessaria est.“ Dieſe Stelle muß ſo erklärt werden, daß bei den Worten „quae mancipi sunt usucapta vel mancipata post annum vel antea“ das „post annum“ auf usucapta und das „vel antea“ auf mancipata bezogen wird. Hinter den Worten „majore tempore a vobis anni possessa“ könnten einige Worte ausgefallen ſein, welche eine Erwähnung des interdictum utrubi enthielten: dadurch würden alsdann die folgenden Worte „propter ejusdem interdicti potestatem“ die ihnen fehlende Beziehung erhalten). Vgl. Vat. §. 259. „Mulier sine tutoris auctoritate praedium stipendiarium instructum non mortis causa Latino donaverat. Perfectam in praedio ceterisque rebus nec mancipi (nämlich in Anſehung der zu dem praedium instructum gehörigen Ackergeräthſchaften des Schaf- und Schweinviehes u. ſ. w.) donationem esse apparuit: servos autem et pecora, quae collo vel dorso domarentur, usu non capta (denn res mulieris quae in aguatorum tutela erat, si erant res mancipi, usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traditae essent,

den Grundsätzen des interdictum utrubi (vgl. Paul. Sent. V. 6. §. 1.) den verhältnißmäßig längsten Besitz im Laufe des letzten Jahres gehabt haben müssen (Vat. §. 263.). Weitere Erörterungen über diesen Punkt werden im §. 10. vorkommen. — Im Allgemeinen dürfte über die Schenkung körperlicher Sachen noch Folgendes zu bemerken sein. 1. In Ansehung der Uebergabe gelten die allgemeinen Grundsätze: Besitzergreifung mit dem Willen des abwesenden Besitzers ist also genügend. (Vat. §. 282) Insoferne die Verwandlung eines Eigenthumsbesitzes in einen bloßen Nießbrauchbesitz durch Verabredung allein (s. g. constitutum possessorium) möglich ist, wird diese auch zur Bewirkung einer vollständigen rechtlichen Gültigkeit der Schenkung hinreichen [13]). 2. Da die in jure cessio bei beweglichen und unbeweglichen Sachen, res mancipi sowohl als nec mancipi, das Eigenthum überträgt; so hat sie auf jeden Fall die Wirkung der mancipatio, und es ist wohl nur zufällig, wenn ihrer in den auf uns gekommenen Stellen der Vaticanischen Palimpsesten nirgends Erwähnung geschieht (H. 196.) [14]) Man kann aber, glaube ich, noch weiter gehen und sogar die Vermuthung wagen, daß die für unvollzogene Schenkungen angeordnete Beschränkung der Gültigkeit auf die durch gerichtliche Uebertragung (in jure cessio) bekräftigten Schenkungen gar nicht Anwendung gefunden habe (vgl.

Gaj. II. 47.) ...“ Bei dem zu der geschenkten Besitzung gehörigen Zug- und Lastvieh genügte also die Uebergabe nicht: es hätte der mancipatio bedurft. (die durch usucapio ersetzbar gewesen wäre, wenn hier nicht besondere Hindernisse eingetreten wären). Auf das interdictum utrubi ist in dieser Stelle keine Rücksicht genommen; wahrscheinlich weil es nach der Besonderheit des Falles gar nicht darauf ankommen konnte. (Vgl. H. 212. n. 47.)

13) Vat. §. 313. „... Si igitur patrona tua in rebus humanis agens supradicto jure ex causa donationis, retento sibi usufructu ad te eundem fundum transtulit; intelligis jus tuum satis esse munitum ...“ Da Schenkungen der patrona an einen Freigelassenen nicht zu denjenigen gehören, welche von dem Cincischen Gesetze ausgenommen sind (vgl. §. 7. n. 5.); so beweist diese Stelle vollständig.

14) Eine Spur hat die consult. vet. Icti. c. 6. aufbewahrt. Vergl. Anm. 30.

H. 197. n. 19.). Wäre dieſe Vermuthung richtig, ſo würde es bei den durch gerichtliche Uebertragung bewirkten Schenkungen auf die factiſche Uebertragung durch Uebergabe, alſo auch auf die Sicherheit des Beſitzes gegen das interdictum utrubi gar nicht weiter angekommen ſein.

§. 4. Wie aber war es bei den unkörperlichen Sachen, (jura in re und obligationes), wenn hier die Schenkung zur vollkommenen Wirkſamkeit gelangen ſollte? Hier iſt namentlich 1. ſchwer zu ſagen, inwiefern Schuldfoderungen mit vollkommener Wirkſamkeit geſchenkt ſind, wenn in Folge der Schenkung eine Ueberweiſung des Schuldners an den Beſchenkten Statt gefunden hat, und dem gemäß eine neue Verbindlichmachung (novatio) des Schuldners gegen den Beſchenkten erfolgt oder durch Anſtellung einer Klage (litis contestatio) eine ähnliche Wirkung erreicht iſt (vgl. H. 207.) [15]). Nach einer Stelle des Celſus (L. 21. §. 1. D. de donatt. 39. 5. Vgl. Anm. 54.) iſt anzunehmen, daß eine ſolche Schenkung nicht vollſtändig wirkſam iſt; während zwei Stellen des Julian für das Gegentheil angeführt werden können [16]). Iſt derjenige, dem geſchenkt werden ſoll, ſelbſt der Schuldner; ſo iſt die Schenkung vollkommen rechtsbeſtändig, wenn eine Befreiung durch acceptilatio Statt gefunden hat: ein pactum de non petendo iſt unzureichend. (H. 208. 209.) [17]).

15) Für die gleiche Wirkſamkeit der novatio und der litis contestatio ſpricht Vat. §. 263.

16) L. 2. §. 2. D. de donatt. 39. 5. „Cum vero ego Titio pecuniam donaturus te qui mihi tantundem donare volebas jussero Titio promittere, inter omnes personas donatio perfecta est.“ L. 33. §. 3. ib. „Si cum primus tibi donare vellet et tu donandi secundo voluntatem habeas, primus secundo ex voluntate tua stipulanti promiscrit; perficitur donatio ...“ Um den Widerſpruch zu heben, könnte man geneigt ſein, dieſe Stellen von der auf jeden Fall unwiederruflichen Verbindlichkeit desjenigen zu verſtehen, welcher in Folge der Ueberweiſung die novatio eingegangen hat. Dem widerſpricht aber, daß in den angeführten Stellen die Ausdrücke „donatio perfecta est“ und „perficitur donatio“ gebraucht ſind, welche jene Deutung nicht wohl zulaſſen.

17) L. 2. C. de acceptil. 8. 44. „Si donationis gratia novatione

2. Was die Dienſtbarkeitsrechte betrifft, ſo iſt wohl nicht zu bezweifeln, daß da wo eine auf gerichtlichem Wege (in jure cessio) zu bewirkende Beſtellung eines Dienſtbarkeitsrechts möglich iſt, die Schenkung zur vollkommenen Rechtsbeſtändigkeit gelangen kann: und ich möchte ſogar nicht einmal eine quasi traditio fodern. Wenn ſich erweiſen ließe, daß auch bei den körperlichen Sachen, ſobald die Uebertragung durch in jure cessio erfolgt war, auf die Uebergabe nichts weiter ankam (vgl. §. 3. a. E.); ſo würde ohnehin kein Streit ſein können: dagegen ließe ſich etwa behaupten, daß auch bei den ländlichen Dienſtbarkeitsrechten, obgleich ſie res mancipi waren, wegen der Unmöglichkeit einer eigentlichen Uebergabe dennoch keine Schenkung möglich war, die auf volle rechtliche Wirkſamkeit Anſpruch machen konnte. So wäre denn auch eine Schenkung durch bloße vertragsmäßige Feſtſetzung einer Dienſtbarkeit, wie ſie ſonſt bei Provincialgrundſtücken genügte, nicht ausführbar, weil die quasi traditio, auch wenn ſie hinzukäme, doch immer nicht als ein vollendetes Weggeben angeſehen werden konnte. (Vgl. §. 210.) [18]).

§. 5. Ich nehme nun die Unterſuchungen auf, welche früher bei Seite geſtellt worden ſind: zuerſt die wichtigere, ob die Vollziehung der Schenkungen allgemein erfordert wurde, oder ob dieſes Erforderniß nur die das Maaß des Cinciſchen Geſetzes überſteigenden Schenkungen betraf. Im erſten Fall würde es eigentlich nur bei den unbedeutenden

facta per acceptilationem praestitisti liberationem; omnis agendi via perempta est. Vgl. L. 17. D. de donatt. 39. 5. Eine Spur der bei dem bloßen pactum de non petendo eintretenden Unwirkſamkeit hat ſich in L. 1. §. 1. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. erhalten. Aus L. 18. C. de donatt. 8. 54. ließe ſich allenfalls die Wirkſamkeit eines pactum de non petendo ableiten, aber der kaiſerliche Beſcheid drückt ſich viel zu unbeſtimmt aus, als daß er einen ſolchen Schluß genügend rechtfertigen könnte.

18) Vat. §. 283. „Si stipendiariorum proprietatem dono dedisti ....; donatio irrita est, si vero usumfructum in eam contra quam supplicas, contulisti, usumfructum a proprietate alienare non potuisti."

Schenkungen wichtig geweſen ſein, weil die größeren (übermäßigen) nach der Vorſchrift des Cinciſchen Geſetzes ohnehin nicht hätten beſtehen können. Im zweiten Fall haben wir es hier im Grunde nicht mit einer neuen Beſchränkung zu thun, ſondern vielmehr mit einer Milderung des Verbots, welches das Cinciſche Geſetz in Anſehung der übermäßigen Schenkungen ausgeſprochen hätte. Beide Anſichten haben nichts in ſich Widerſprechendes. So wie wir z. B. in manchen Geſetzgebungen finden, daß gewiſſe Spielſchulden für ganz und gar unerlaubt erklärt ſind, außerdem aber noch der allgemeine Satz feſtſteht, daß Spielſchulden überhaupt keine Klage gewähren ſollen; ſo hätten auch die Römer die Schenkungen auf eine doppelte Weiſe beſchränken können: einmal indem ſie übermäßige Schenkungen verboten, und dann, indem ſie überhaupt nur die vollſtändig vollzogenen Schenkungen gelten ließen und außerdem keine Klage verſtatteten. Da die römiſche Volksanſicht ohnehin geneigt war, den Hang zum Schenken als eine Anlage zur Verſchwendung zu betrachten [19]; ſo ſcheint eine wenn auch etwas weit getriebene Beſchränkung der Schenkungen nicht eben ſo ſehr auffallend. Auch könnte man noch ein paar Stellen aus Cicero und Feſtus anführen, wo von dem Verbot des Cinciſchen Geſetzes in ſehr allgemeinen Ausdrücken geſprochen wird [20], aber es möchte leicht der Fall ſein, daß dieſe Stellen auf das beſondere Verbot der das causam orare betreffenden Schenkungen

19) Cic. de offic. II. 15. „... Omnino meminisse debemus id quod a nostris hominibus saepissime usurpatum jam in proverbii consuetudinem venit, largitionem fundum non habere ...“ Serv. ad Aeneid. lib. VI. v. 611. „Bene addidit SUIS, id est, cognatis, affinibus. Haec enim fuerat apud maiores donandi ratio, non profusa passim: nam hoc est velle inutiliter perdere ...“

20) Cic. de offic. II. 71. „... Saepe etiam sententiose ridicula dicuntur: ut M. Cincius quo die legem de donis et muneribus tulit, cum C Cento prodiisset, et satis contumeliose. *Quid fers Cincinole?* quaesisset. *Ut emas*, inquit, *Gai, si uti velis.*“ FESTUS voce MUNERALIS. „Muneralis lex vocata est, qua Cincius cavit, *ne cui liceret munus accipere.*“

zu beziehen wären. — Faßt man die entgegengesetzte Ansicht auf; so erscheint das Cincische Gesetz als ein minder gewaltsamer Eingriff in die freie Ausübung der vermögensrechtlichen Befugnisse. Es war alsdann den Römern nicht so fast darum zu thun, den Schenkungen ein unübersteigliches Hinderniß in den Weg zu legen, als vielmehr nur darum, der einsichtslosen Uebereilung einen Damm zu setzen. Es wäre dann eine gewisse Aehnlichkeit zwischen dem Cincischen Gesetze und dem Vellejanischen Senatsbeschlusse. So wie nämlich der Vellejanische Senatsbeschluß den Frauenspersonen nicht verbietet, Ausgaben für Andere zu machen, Schulden für sie zu bezahlen u. d. gl., sondern nur sie abhalten soll, daß sie nicht für Andere sich in Schulden verstricken oder ihr Vermögen mit Verpfändungen belasten; so hätte das römische Recht auch in Ansehung der Schenkungen sich damit begnügt, zu verhindern, daß man sich nicht durch größere Schenkungen in Verpflichtungen einlasse, während es nicht verboten war, auch im Uebermaaße zu geben, wenn sogleich alles vollständig abgemacht wurde. Nach dieser Erörterung ist wohl soviel klar geworden, daß die Frage die uns beschäftigt, schwerlich auch nur mit einiger Wahrscheinlichkeit entschieden werden könnte, wenn wir sie lediglich nach Gründen die aus der Natur der Sache genommen sind, zu entscheiden hätten. Wir werden uns also nach andern Gründen umsehen müssen: und hier dürften leicht 1. die mehrmals vorkommenden Beispiele großer Schenkungen, z. B. bei Plinius (ep. I. 19. VI. 32. VII. 18), als entscheidend betrachtet werden. Sie sind es aber nicht, weil es ja möglich wäre, daß diese Schenkungen wirklich dem Cincischen Gesetze entgegen liefen, darum aber nicht minder sicher waren, weil die Beschenkten gewiß sein konnten, daß der Schenkende nichts zurückfodern würde: die Schenkungen von 500,000 Sestertien an die Gemeinde von Como (ep. IV. 18), die zu einer milden Stiftung bestimmt war, könnte auch wohl als ein ausgenommener

Fall gedacht werden. 2. Auch Vat. §. 266. hat den Anſchein, als ob daraus die Frage, die uns beſchäftigt, entſchieden werden könnte. — Hier ſagt Ulpian: „Unde si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverit, debuit dici repetere eum posse.“ Er ſcheint alſo, indem er „contra legem Cinciam“ und „non excepto“ mit einander verbindet, zu erkennen zu geben, daß man auch einem non exceptus verpflichtet ſein könne, ohne daß dieſes nothwendig gegen das Cinciſche Geſetz verſtößt: und das wäre eben der Fall bei den Schenkungen, die unter dem Maaße des Geſetzes ſind. Somit wäre bewieſen, daß die Nothwendigkeit der Vollziehung nur für die größeren Schenkungen galt. Dagegen läßt ſich aber einwenden, daß man ja nicht wiſſen könne, ob Ulpian es hier im Ausdrucke ſo haarſcharf genommen habe: denn wenn man auch annimmt, daß alle nicht vollzogenen Schenkungen von dem Cinciſchen Geſetze gemißbilligt wären; ſo hatte Ulpian immerhin nichts Falſches geſagt, wenn er der Deutlichkeit wegen ſich ſo ausdrückte, wie er es gethan hat. 3. Deutlicher ſind ein paar Stellen, welche die Digeſten uns aufbewahrt haben. Wäre nicht die Möglichkeit einer Aenderung zu berückſichtigen, ſo wäre dadurch unſtreitbar bewieſen daß nicht alle Schenkungen der vollſtändigen Vollziehung bedurften, um rechtsbeſtändig zu werden, ſondern nur diejenigen, welche das Maaß des Cinciſchen Geſetzes überſtiegen[21]).

21) L. 21. §. 1. D. de donatt. 39. 5. „Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere jussi, an summoveris donationis exceptione (Hieß es etwa urſprünglich *legis Cinciae exceptione?* Da die Inſtitutionen keine geſchichtliche Erläuterung über das Cinciſche Geſetz geben; ſo konnte man eine Aenderung angemeſſen finden), necne tractabitur. (Alſo wäre die Schenkung keine immodica geweſen; ſo konnte kein Streit ſeyn.) „Sed ego, si quidem pecuniae . . . nondum solutae sint . . . habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id quod supra legis modum tibi promisit ...“ L. 24. ibid.: „Fidejussori eius, qui donationis causa pecuniam supra modum legis promisit, exceptio dari debet etiam invito reo ...“ (Alſo wäre nicht die promissio „supra modum legis“ gegangen; ſo wäre ſie bindend geweſen.) L. 5. §. 2. D. de doli mali et met. except. 44. 2. „Si donavi alicui rem nec tradidero (Urſprünglich hieß

Iſt aber eine ſolche gleichmäßige Aenderung dieſer in verſchiedenen Titeln ſtehenden Stellen wahrſcheinlich? Beſonders merkwürdig wäre, daß man in der l. 21. §. 1. D. de donatt. (ſ. d. Anm.) ſo ſorgfältig die Worte „in id quod supra legis modum tibi promisit“ eingefügt hätte, die fehlen konnten, ohne daß die Stelle eine beſtimmte Unrichtigkeit enthielt. Und ſollte man ſtatt des zweimal vorkommenden „supra modum legis“, wenn dieß ein von den Bearbeitern der Digeſten herrührendes Einſchiebſel ſein ſoll, nicht eher den Ausdruck „supra modum constitutionibus statutum“ um ſo mehr erwarten, als von dem für die insinuatio apud acta vorgeſchriebenen Maaße nicht in einer einzelnen constitutio allein, ſondern in einer ganzen Reihe kaiſerlicher Verordnungen die Rede war? Ich geſtehe, daß ich dieſe Zweifel bedeutend genug finde, um die Annahme einer Aenderung ſo lange von der Hand zu weiſen, als nicht die Nothwendigkeit einer ſolchen auf eine ganz unumgängliche Weiſe dargethan iſt. Bis jetzt hat man dafür hauptſächlich nur folgende Gründe. 1. Die Vaticaniſchen Palimpſeſten ſprechen von der Nothwendigkeit der mancipatio und traditio bei den nicht ausgenommenen Perſonen ſo als ob kein Unterſchied zwiſchen großen und kleinen Schenkungen Statt fände (vgl. §. 3.). Dieſe Schwierigkeit iſt unläugbar: es läßt ſich aber doch manches erinnern Die Stellen aus rechtswiſſenſchaftlichen Schriften beweiſen

es hier vielleicht *et mancipavero nec tradidero*: Die Worte et mancipavero mußten aber natürlich bei der Aufnahme der Stelle in die Digeſten geſtrichen werden), et ille cui donavi non tradita possessione in eo loco aedificaverit me sciente, et cum aedificaverit nanctus sim ego possessionem, et petat a me rem donatam (nämlich ex mancipatione mit der rei vindicatio) et ego excipiam, quod supra legitimum modum facta est, (urſprünglich vielleicht *mancipatio facta est*); de dolo replicandum est: dolo enim feci, qui passus sum eum aedificare et non reddo impensas.“ (Alſo nicht darin allein, daß die Schenkung nicht gehörig vollzogen war, lag auch hier der Grund ihrer Unwirkſamkeit, ſondern es war nothwendig, daß der legitimus modus überſchritten war). L. 5. §. 5. „Si eum qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo; non poterit adversus petentem uti exceptione, quoniam creditor suum petit.“

ſchon deßwegen nicht vollſtändig, weil aus dem für uns verlornen Zuſammenhang klar geweſen ſein kann, daß die Unterſuchung auf die das Maaß des Cinciſchen Geſetzes überſteigenden Schenkungen ſich beſchränkte. Was die kaiſerlichen Beſcheide angeht; ſo erklären ſich dieſe durch ihre Beziehung auf den vorgelegten Fall, und es iſt wohl anzunehmen, daß wegen geringfügiger Schenkungen keine Anfragen an den Kaiſer gelangten. Viele dieſer Beſcheide gehen ohnehin auf unbewegliche Sachen, bei denen nicht füglich von ganz geringfügigen Schenkungen die Rede ſein konnte. Wenn das Maaß des Cinciſchen Geſetzes ſehr niedrig geſtellt war (vgl. §. 1. a. E.); ſo hat dieſer Ausweg am allerwenigſten Bedenken. 2. In Vat. §. 310. iſt von der exceptio die Rede, welche gegen die aus unvollſtändig vollzogenen Schenkungen begründeten Anſprüche Statt findet, und es wird dafür eine Formula angegeben, in der die Uebermäßigkeit der Schenkung nicht mit einem Worte erwähnt wird. Dieſe Schwierigkeit iſt nur auf den erſten Anblick von Bedeutung, läßt ſich aber leicht beſeitigen. Ich werde in der Anm. 39. dieſen Punkt zu berühren Gelegenheit finden. 3. Die Geſchichte des Rechts der Schenkungen ſeit Conſtantin d. Gr. ſoll ebenfalls beweiſen, daß die Nothwendigkeit einer vollſtändigen Vollziehung der Schenkungen nicht bloß von den größern, ſondern von allen Schenkungen gegolten haben müſſe. Allein ich werde in den §§. 13. 14. zu zeigen ſuchen, wie wenig zuverläſſig dieſer Beweis iſt.

§. 6. Worin beſtand nun aber eigentlich der Inhalt des Cinciſchen Geſetzes? Begnügte ſich etwa das Cinciſche Geſetz mit dem Verbot der über ein gewiſſes Maaß gehenden Schenkungen? Oder enthielt es zugleich die Beſtimmung, daß die über das geſetzliche Maaß hinausgehenden Schenkungen durch vollſtändige Vollziehung Rechtsbeſtändigkeit erlangen ſollten? Es wäre nämlich möglich, daß die übermäßigen Schenkungen im Cinciſchen Geſetze ſchlechthin verboten waren, und erſt das ſpätere Recht einen Ausweg darbot, wie auch größere Schen-

kungen rechtsbeſtändig werden könnten. (vgl. §. 240—245.) Allgemeine Gründe dürften hier ſo wenig wie bei der im vorigen §. behandelten Unterſuchung zu einem Ergebniſſe führen: Am meiſten aufklärend ſcheint beim erſten Anblick der Umſtand zu ſein, daß die vollſtändige Vollziehung der Schenkungen mit Rückſicht auf das interdictum utrubi beurtheilt wird. Allein man würde ſich täuſchen, wenn man daraus ſchließen wollte, die Vorſchrift über die Nothwendigkeit einer vollſtändigen Vollziehung der größern Schenkungen ſchreibe ſich aus dem Edict her. Dieſe konnte immerhin ſchon im Cinciſchen Geſetze vorgeſchrieben ſein: die Rückſicht auf das interdictum utrubi dürfte daſſelbe freilich nicht enthalten haben: dieſe konnte aber leicht als ein ſich von ſelbſt verſtehendes Erforderniß aus der Rechtswiſſenſchaft hervorgehen; vielleicht auch im Edict ausdrücklich ihre Begründung finden. Es iſt ſogar unwahrſcheinlich, daß die Grundſätze über die rechtliche Vervollſtändigung der Schenkungen aus dem Edicte ſich herſchreibt, weil dieſe ſich bei den res mancipi nicht mit der bloßen Uebergabe begnügen, ſondern außerdem auch noch die mancipatio erfodern, was dem Geiſte des prätoriſchen Rechts, welches dem in bonis esse gleichen Schutz wie dem wirklichen Eigenthum gewährt, wenig angemeſſen iſt. Man müßte demnach als Quelle der beſprochenen Anordnung ein von der lex Cincia verſchiedenes Geſetz annehmen, was aber auch wieder völlig willkührlich wäre. Am wahrſcheinlichſten bleibt es alſo immerhin, daß jene Vorſchrift dem Cinciſchen Geſetze ſelbſt ihren Urſprung verdankt, obgleich dieſe Wahrſcheinlichkeit nicht zur Gewißheit erhoben werden kann; denn die Stelle des Pomponius (Vat. §. 259.), die man etwa anführen könnte, kann keineswegs als beweiſend gelten. Nachdem hier bemerkt iſt, daß die dort erwähnte Schenkung, inſofern ſie res mancipi begreifft, wegen Mangel der mancipatio nicht rechtsbeſtändig ſei, aber bekräftigt werden könne, wenn der Schenkende bis zu ſeinem Tode bei dem Willen zu ſchenken beharrt, wird an-

gedeutet, daß mit dem Tode das in der Lex Cincia liegende Hinderniß wegfalle (vgl. Anm. 56.). Bis dahin muß also der Grund, weßwegen die Schenkung nicht rechtsbeständig war, im Cinciſchen Geſetze gelegen haben. Dieſer Schluß iſt zwar richtig, aber es folgt doch noch nicht mit Sicherheit, daß in dem Cinciſchen Geſetze über die Nothwendigkeit der mancipatio etwas geſtanden habe. Geſetzt das Cinciſche Geſetz begnügte ſich die übermäßigen Schenkungen zu verbieten und dieſes Verbot würde erſt anderweitig, z. B. durch das prätoriſche Edict, auf die nicht vollſtändig vollzogenen Schenkungen beſchränkt; ſo lag ja der Grund, warum eine nicht vollzogene Schenkung nicht zu Rechte beſtand, dennoch allein im Cinciſchen Geſetze, und Pomponius mußte ſich gerade ſo ausdrücken, wie er ſich Vat. §. 259. ausgedrückt hat. Um nichts entſcheidender ſind denn freilich auch die Gründe, welche man für die entgegengeſetzte Anſicht anzuführen geneigt ſein möchte. 1. Die in der Anm. 20. angeführten Stellen aus Cicero und Feſtus ſcheinen zwar mehr für ein völliges Verbot der Schenkungen, als für eine bloße Erſchwerung derſelben durch das Cinciſche Geſetz zu ſprechen: aber entſcheidend würden ſie auch dann nicht ſein, wenn nicht die Möglichkeit wäre, ſie insbeſondere von den Schenkungen an Redner zu verſtehen. 2. Eben ſo wenig kann die Art und Weiſe, wie das Cinciſche Geſetz in Anſehung der ausgenommenen Perſonen ſich ausdrückt, uns zu einem beſtimmten Schluſſe berechtigen. So viel wir aus den Ueberbleibſeln entnehmen können, wird überall geſagt, es ſolle dieſen Perſonen das dare, donare, capere erlaubt ſein (Vat. §. 298. 301. 304. 305. 306. 307. 308.). Natürlich heißt das, ſie ſollen ſchenken können, ohne an die Beſchränkungen des Cinciſchen Geſetzes verbunden zu ſein. Darin kann liegen, theils daß ſolche Perſonen in infinitum ſchenken können (vgl. Vat. §. 304), theils daß die Gültigkeit einer das Maaß überſteigenden Schenkung von der vollſtändigen Vollziehung unabhängig ſein ſoll (vgl. Vat. §. 310. §. 263.). Beides fand wirklich Statt: es

wäre aber möglich, daß in dem Geſetze ſelbſt bloß an das eine (das erſte nämlich) gedacht war. — Halten wir uns nun an die Wahrſcheinlichkeit, und nehmen wir dieſer gemäß an, daß bereits im Cinciſchen Geſetze die Rechtsbeſtändigkeit der vollſtändig vollzogenen Schenkungen anerkannt war; ſo dürfte der Inhalt des Geſetzes vielleicht darin beſtanden haben, daß bei den das Maaß überſteigenden Schenkungen zur vollkommenen Rechtsbeſtändigkeit die vollſtändige Vollziehung gefodert wurde. Möglich daß zugleich genauer beſtimmt wurde, wann eine Schenkung als vollſtändig vollzogen gelten ſollte; möglich alſo, daß die Nothwendigkeit der mancipatio und der Uebergabe im Geſetz ausdrücklich ausgeſprochen war. Nothwendig ſcheint es mir keineswegs: am wenigſten braucht im Geſetze ausdrücklich beſtimmt geweſen zu ſein, daß bei beweglichen Sachen die Uebergabe erſt als vollendet gelten könne, wenn der Beſchenkte in Beziehung auf das interdictum utrubi ſicher iſt. Die Rechtswiſſenſchaft konnte hier ohne Schwierigkeit ergänzen, und zwar um ſo unbedenklicher, als auch in Beziehung auf die dem Verkäufer obliegende Verpflichtung zur Uebergabe angenommen wurde, daß der Verbindlichkeit von Seite des Verkäufers nur alsdann genügt ſei, wenn der Käufer in der Lage iſt, daß er „in litis de possessione superior“ iſt (l. 11. §. 13. D. de act. emt. et vend. 19. 1.). Um aber die vollkommene Rechtsbeſtändigkeit der Schenkungen auszudrücken, ſcheint man in dem Cinciſchen Geſetze den Ausdruck *perfecta donatio* oder *perficere donationem* gebraucht zu haben, der in den Vaticaniſchen Palimpſeſten in Beziehung auf Schenkungen ſo oft vorkömmt, daß man ſich des Gedankens an einen Kunſtausdruck kaum erwehren kann [22]).

22) Von dem perficere donationem in Beziehung auf nicht ausgenommene Perſonen ſprechen Vat. §§. 257. 272. 275. 288. 289. 293. 311. 312. 313. in Beziehung auf ausgenommene Perſonen Vat. §§.

II. Ausgenommene Fälle.

§. 7. Das Cincische Gesetz berücksichtigt gewisse persönliche Verhältnisse, bei denen die im Gesetze bestimmten Beschränkungen unbillig erscheinen. Diejenigen, denen diese Rücksicht zu Statten kömmt, heißen ausgenommene Personen (exceptae personae). (Vgl. H. 214. 215.) Ob wir in dieser Hinsicht den Inhalt des Cincischen Gesetzes vollkommen kennen, muß dahingestellt bleiben. Die aus den Vatikanischen Palimpsesten uns näher bekannt gewordenen Ausnahmen sind folgende. 1. Im Verhältnisse der Blutsverwandschaft findet innerhalb der nächsten fünf Grade und außerdem auch noch zwischen den Kindeskindern der Geschwister (sobrinus und sobrina) volle Schenkfreiheit Statt. Diese Schenkfreiheit wird auch denjenigen zu Theil, welche einen solchen schenkungsfähigen Blutsverwandten in ihrer Gewalt haben (in potestate, manu, mancipio), oder sich in eines solchen Gewalt befinden: was durch die Statt findende Vermögenseinheit sich rechtfertigt. Natürlich wird es in Folge dieses Grundsatzes möglich, daß man auch an Verwandte, die in entfernteren Graden verwandt sind, mit voller Freiheit schenken kann [23]). Schenkungen zum Be-

255. 293. 310. und insbesondere in Beziehung auf Schenkungen unter Eltern und Kindern, bei welchen seit Antoninus Pius zu dem perficere donationem nichts weiter erfodert wird, als eine Willenserklärung, aus der aber nicht bloß die Absicht einer künftigen Schenkung sich ergeben muß. Vat. §§. 268. 278.

23) Vat. § 298. „Personae igitur cognatorum excipiuntur in his verbis: SIVE QUIS COGNATUS COGNATAVE ERIT [Cod. *cognata inter se*] DUM SOBRINUS SOBRINAVE PROPRIUSVE EOS SIT (Cod. ee). SIVE QUIS IN ALTERIUS POTESTATE MATRIMONIOVE ERIT, QUI EOS HAC COGNATIONE ATTINGET, QUORUMVE IN POTESTATE MATRIMONIO ERIT; EIS OMNIBUS INTER SE DONARE CAPERE LICETO." Vat. §. 299 „Quinque igitur gradus pleni exceptі sunt et ex sexto una persona, sobrinus et sobrina." Vat. §.300 „Excipiuntur et hi, qui in potestate eorum vel manu mancipiove, item quorum in potestate manu mancipiove erunt." (Aus dieser Stelle scheint hervorzugehen, daß im §. 298 das zweimal vorkommende MATRIMONIOVE nicht richtig ist). Vat §. 301. „Ita si is, qui in eo gradu est, in potestate habeat eum, qui mihi longiore gradu sit, dare ei potero. Sic et lex Furia scripta est: eo amplius,

hufe einer Mitgift waren allen Blutsverwandten ohne Rückſicht auf Nähe des Grades völlig unbeſchränkt [24]). 2. In dem Verhältniſſe zwiſchen Mann und Frau und zwiſchen Brautleuten ſind Schenkungen durch das Cinciſche Geſetz nicht weiter beſchränkt (Vat. §. 302): natürlich dauert aber dieſe Begünſtigung nur ſo lange als das Verhältniß beſteht (vgl. Vat. §. 303). Uebrigens ſind Schenkungen unter Ehegatten ſchon abgeſehen von dem Cinciſchen Geſetze ſo eingeſchränkt, daß ihnen die Ausnahme nur in den ſeltenen Fällen zu Gute kommen kann, in welchen Schenkungen zugelaſſen werden. 3. Auch zwiſchen den nächſten Stief- und Schwieger-Verwandten können Schenkungen Statt finden, ohne daß die lex Cincia berückſichtigt werden müßte [25]). Man deutete dieſe Beſtimmung ſo, daß man ſie auf eine wirklich noch beſtehende Stief- oder Schwiegerverwandtſchaft beſchränkte (Vat. §. 303.). 4. Das Verhältniß zwiſchen dem Unmündigen und ſeinem tutor iſt inſofern berückſichtigt, daß der tutor ſo lange er es iſt, dem Unmündigen frei ſchenken kann; nicht aber umgekehrt (Vat. §. 304). 5. Ein Freigelaſſener iſt bei Schenkungen an den Patron und deſſen Kindern von der Beſchränkung des Cinciſchen Geſetzes frei [26]) Dieſe Befreiung gilt aber nicht umgekehrt [27]), viel-

quod illa lex sex gradus ad unam personam e septimo excepit, sobrino natum.

24) Die Worte des Cinciſchen Geſetzes waren; SI QUIS MULIERI VIRGINIVE COGNATUS DOTEM CONFERRE VOLET. (Vat. 305). So konnte es zweifelhaft ſein, ob dieſe Beſtimmung auch von einer cognata gelte. Vgl. Vat. §. 306. „Quaesitum an et cognata cognatae ultra exceptum donare possit. Labeo scribit, non posse: sed ratio aequitatis eadem (Cod. *ea quae*) in foeminis est.

25) Vat. §. 302 „Excipiuntur et adfinium personae, ut privignus, privigna, noverca, vitricus: socer, socrus, gener (Das Wort gener fehlt im Cod.), nurus . . ,“

26) Vat. §. 307. „Item excipit SI QUIS A SERVIS SUIS (*suis* fehlt hier im Cod.) QUIQUE PRO SERVIS SERVITUTEM SERVIERUNT ACCIPIT. (Nach *accipit* hat der Cod. *duit*, worin das oben fehlende *suis* ſtecken könnte). His verbis SI QUIS A SERVIS SUIS liberti continentur, ut patronis dare possint. Sequentibus vero excipitur, ut is qui bona fide serviit, si postea liber pronuntiatus sit, possit dare ei, cui serviit. Sabinus utraque scriptura contineri et bis idem dictum.“ Vat. §. 308. „Sed tantum patronum a liberto ex-

mehr ſind Schenkungen, welche an Freigelaſſene gemacht ſind, weniger begünſtigt als alle andere, weil ſie, ſelbſt wenn ſie vollſtändig vollzogen ſind, von dem Schenkenden ſo lange er lebt widerrufen werden können (Vat. §. 272. 313.). (Vgl. H. 227. 228.) Der Vorzug dieſer ausgenommenen Perſonen beſtand übrigens natürlich darin, daß ſie auch über das Maaß des Cinciſchen Geſetzes hinaus Schenkungen machen konnten, ohne daß die Rechtsbeſtändigkeit derſelben an die vollſtändige Vollziehung gebunden wäre [28]). Weiter gieng er nicht. Erſt K. Antoninus Pius verordnete, daß im Verhältniſſe zwiſchen Eltern und Kindern die Schenkungen rechtsbeſtändig ſein ſollten, obgleich keine ſonſt wirkſame Uebertragungsweiſe dabei vorgekommen iſt, inſofern nur auf eine unzweideutige Weiſe (sine dubia facti quaestione) erhellt, daß es ſich nicht um bloße Vorbereitungen zu einer noch zu machenden Schenkung gehandelt hat: während es in Anſehung der übrigen ausgenommenen Perſonen beim Alten verblieb, ſo daß alſo z. B. wenn eine res mancipi an eine ausgenommene Perſon geſchenkt war, durch die Uebergabe wenigſtens ein in bonis esse auf rechtsbeſtändige Weiſe

cipit. Quidam putant, etiam liberos patroni exceptos, quoniam libertus continetur servi appellatione. Et sicut in duodecim tabulis patroni appellatione etiam liberi patroni continentur, ita et in hac lege."

27) Vat. §. 309. „Contra autem liberti a patronis excepti sunt? Et hoc jure utimur, ne excepti videantur, ut et dare et capere lex eis permittat." D. h. excepti sunt, ut dare lex permittat (denn dieſes liegt in den Worten der lex SI QUIS A SERVIS ACCIPIT), aber ſie ſind nicht ausgenommen ut capere permittat: daher wird mit Recht geſagt: *non* excepti videntur ut *et* dare *et* capere lex permittat. Die vorgeſchlagenen Aenderungen ſind unnöthig: am wenigſten darf man leſen: nec dare nec capere. (Vgl. H. 215. n. 56. — * Dieſer Auslegung gebe ich meinen vollen Beifall; es muß teutſch ſo gedacht werden: ſind die liberti auch gegenſeitig zu den Patronen exzipirt? ſie ſind es nicht, ſo daß man annehmen müſte, das Geſetz erlaube ihnen b e i d e s: geben und nehmen. H.*) — Daß eine Schenkung der patrona an einen Freigelaſſenen nicht wie eine Schenkung unter ausgenommenen Perſonen beurtheilt wird, ſieht man auch aus Vat. §. 313.

28) Es genügt demnach zur Rechtsbeſtändigkeit der Schenkung 1. sola promissio: nämlich ſo daß eine Schuldfodrung begründet werden kann. Vat. § 310. arg. Vat. §. 103. 263. Zuſage (promissio) genügt freilich auch hier nicht (Vat. §. 293): ſo wenig wie bloße codicilli

übertragen wurde [29]). Unter Eltern und Kindern genügte die Einhändigung der Schenkungsurkunde ohne wirkliche Uebergabe [30]); aber nicht die bloße Anfertigung der Urkunde und

(Plin. ep. X. 3.) oder ein bloßes referre in rationes (domesticas) als eine Schuld (l. 26 D de donatt. 39. 5.) 2. Sola mancipatio sine traditione: nämlich bei den res mancipi, so daß derjenige, dem die mancipatio erfolgt iſt, eine dingliche Klage anſtellen kann. Vat. §. 310. Vgl. §. 263. 3. Sola traditio: nämlich ſo daß dadurch das Eigenthum übertragen wird. a. Bei den res mancipi entſteht wenigſtens bonitariſches Eigenthum, was dann durch usucapio leicht in quiritiſches Eigenthum verwandelt werden kann. (Vgl. l. 12. pr. D. de Publ. in rer. act. 6. 2.) b. Bei den res nec mancipi entſteht vollſtändiges Eigenthum. c. In beiden Fällen iſt die Rechtsbeſtändigkeit der Schenkung nicht davon abhängig, daß man gegen das interdictum utrubi geſichert ſei, wenn von beweglichen Sachen die Rede iſt. (Bei unbeweglichen Sachen kömmt auch für die nicht ausgenommenen Perſonen darauf nichts an: ſo daß, wenn es res nec mancipi ſind, alſo praedia tributaria oder stipendiaria, die Uebertragung des Eigenthums bei den ausgenommenen und nicht ausgenommenen Perſonen auf völlig gleiche Weiſe erfolgt). Vat. §. 293. Vgl. Paul. Sent. V. 11. §. 1. Vat. §. 265. 315. 316. Eine ungültige mancipatio kann übrigens zugleich eine Uebergabe in ſich enthalten und als ſolche bonitariſches Eigenthum auf eine vollkommen rechtsbeſtändige Weiſe gewähren. (Vat. §. 264. „Matrem, quae sine tutoris auctoritate filio donationis causa praesentes aervos mancipio dedit, perfecisse donationem apparuit.“) 4. Delegatio und eine in Folge einer cessio erfolgte litis contestatio (Vat. §§. 260. 263 5. Pactum de non petendo. Ueber das Ungenügende bei den nicht ausgenommenen Perſonen ſ. Anm. 17. (Vgl. §. 219. 220. 221)

29) L. 4. Th. Cod. de donatt. 8. 12. „Iuxta divi Pii, consultissimi principis instituta valere donationes placet placet inter liberos et parentes, in quocunque solo (nämlich italici oder provinviali) et cujuslibet rei (nämlich mancipi oder nec mancipi) liberalitas probabitur extitisse, licet neque mancipatio dicatur neque traditio subsecuta, sed nuda tantum voluntas claruerit, quae non dubium consilium teneat nec incertum, sed judicium animi tale proferat, ut nulla quaestio voluntatis possit irrepere: et collata inter ceteras exceptas Cinciae legi personas obtinere propriam firmitatem, sive mancipationis decursa fuerit solennitas vel certa res tradita doceatur...“ Vat. §. 314. „In filium a patre donationum conscriptis instrumentis eum in vacuam inductum possessionem horum lectio manifestat. Ceterum sine facti quaestione divus Titus Antoninus parens noster necessariis angustis, rationem (Cod. *ratione*) ejus consortii, quod nascendi tempore liberis et parentibus datur, cogitans, non admitti scrupulosam inquisitionem statuit ....“ Paul. Sent. IV. 1. §. 11. „Filio quibuscunque verbis a patre fideicommissum relictum jure debetur: sufficit enim inter conjunctas personas (was wohl im engſten Sinne von Verwandten in gerader Linie zu verſtehen iſt) quibuscunque verbis ut in donatione, voluntas expressa.“

30) Vat. §. 297. „Cum matrem tuam donationis instrumenta in

ſelbſt nicht die bloße Auflaſſung vor der Obrigkeit (professio apud acta) [31]). Bei Schenkungen des ganzen Vermögens ſcheint man fortdauernd das für die ausgenommenen Perſonen geltende Recht auch im Verhältniß zwiſchen Eltern und Kindern angewendet zu haben [32]). Schenkungen des Vaters an die in ſeiner Gewalt ſtehenden Kinder bleiben übrigens

neptem suam fecisse nec ea tradidisse dicas; in dubium non venit, liberalitatem, quoniam adsignatis instrumentis minime coepta est, invalidam esse ...," Hier wird die Uebergabe der Schenkungsurkunde von der Uebergabe des Beſitzes unterſchieden, und offenbar für genügend gehalten. Einige Schwierigkeit macht Vat. §. 205. „Aurum et argentum, quod in re praesenti fuit, pater filio sui juris donavit ejusque possessionem traditam esse, instrumento palam fecit (nicht traditam esse instrumento, palam fecit, wie Mai abtheilt). Non idcirco donationem inritam factam existimavi, quod usum omnium rerum apud patrem filius reliquit." Man braucht hier aber nicht anzunehmen, daß die Schenkungsurkunde übergeben worden ſei. Die Schenkung beruhte alſo allerdings auf der Beſitzübertragung und die Urkunde ſollte nur zur Beſcheinigung derſelben gebraucht werden. Zur Möglichkeit der Uebergabe wurde res praesens vorausgeſetzt.

31) Vat. §. 268. „Quaerebatur, an, cum Sejus filiam suam emanciparet, et (im Cod. fehlt das *et*) apud acta professus sit, ei se donare fundum, nec instrumenta donationis fecerit. videatur professione actorum perfecta esse donatio. Respondi: si neque mancipatio neque traditio secuta est, solis actis dominium non transisse." Vgl. Vat. 266 in fin. §. 285. Die professio apud acta war eine einſeitige Handlung des Schenkenden, der dabei immer noch die Freiheit behielt ſeinen Willen zu ändern.

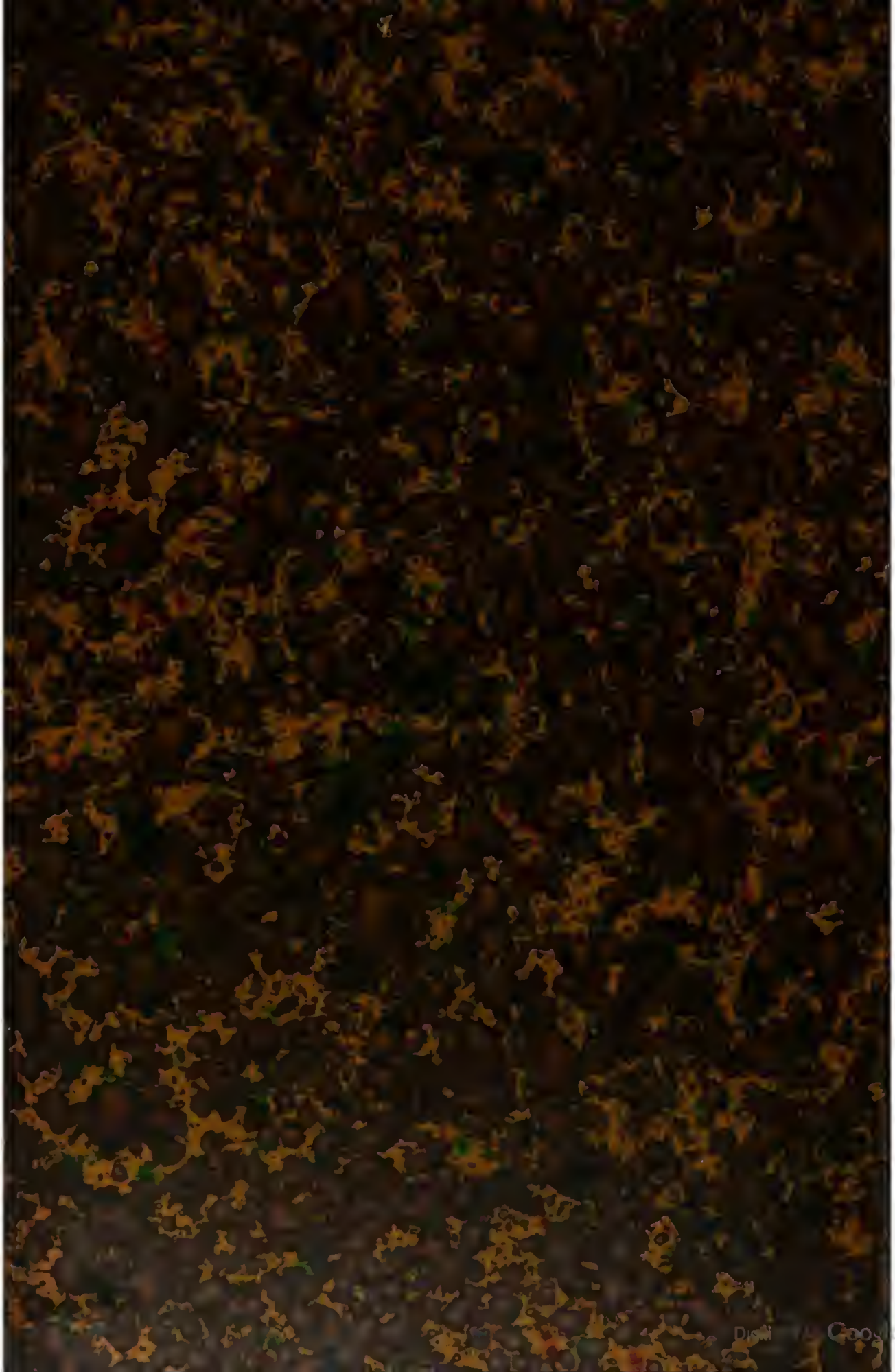
32) Vat. §. 263. „Eam quae bona sua filiis per epistolam citra stipulationem donavit, si neque possessionem rerum singularum tradidit, neque per mancipationem praediorum dominium transtulit, nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit, nihil egisse placuit." (Aus den Worten „citra stipulationem" geht hervor, daß die stipulatio genügen konnte, was auf das Recht der exceptae personae hinweißt). Const. Dioclet. et Maxim. (in Consultat. vet. Icti. c. 6. e Cod. Hermog. tit. de donatt. inter vir. et uxor. in jure Antejust. pag. 1487.): „Cum de bonis tuis partem quidem tertiam .... in emancipatum donationis titulo contulisse commemores; non est juris incerti, ... nec in emancipatum translatam, si generaliter eidem partem tertiam bonorum donasti: quia generaliter bonorum portionem donare non posses, cum singulae res nominari debeant, quae donatione mancipatione vel in jure cessione transferuntur." Auch wenn den Kindern bei der Entlaſſung aus der väterlichen Gewalt das Sondergut verblieb; ſo war das eigentlich nur in Anſehung der körperlichen Vermögensſtücke eine wirkſame Schenkung in Anſehung der zum Sondergut gehörigen Schuldanſprüche wurde ſie erſt wirkſam „si sit (filius) in rem suam cognitor datus vel nominum delegationes intervenerunt." (Vgl. §. 216. n. 58.)

auch nach dem seit Antoninus Pius geltenden Rechte ungültig, und können nur unter ganz besonderen Voraussetzungen zur Gültigkeit gelangen [33]).

§. 8. Anderweitige Ausnahmen von dem Cincischen Gesetze fanden Statt bei denjenigen Schenkungen, welche eine Belohnung für geleistete Dienste enthalten (s. g. remuneratorischen Schenkungen) (Vgl. H. 216.) [34]) und bei den Nachlaßverträgen über Zinsen, die erst noch fällig werden sollen [35]). In diesen Fällen waren also auch die das Maaß des Gesetzes übersteigenden Schenkungen rechtsbeständig, selbst ohne vollständig vollzogen worden zu sein, also z. B. auch durch Zusage (promissio). Ob es noch mehrere dergleichen Ausnahmen gab, können wir dahin gestellt sein lassen; so auch ob diese Ausnahmen in dem Gesetze selbst ausgesprochen waren.

(Fortsetzung folgt im zweiten Stück des folgenden Jahrgangs, mit dessen Druck sogleich fortgefahren wird.)

33) Was ich darüber im ersten Theil meiner Verjährungslehre, S. 534. fg. gesagt habe, stimmt in der Hauptsache mit Wenck (praes. ad Haubold opusc. T. I. p. 51. 52. überein, auf den ich verwiesen haben würde wenn ich nicht seinen Aufsatz erst später gelesen hätte.

34) Paul. Sent. V. 11. §. 6. „Ei qui aliquem a latrunculis vel hostibus, erripuit, in infinitum donare non prohibemur si tamen donatio et non merees eximii laboris appellanda est: quia contemplationem salutis certo modo aestimari non placuit.“ In den Digesten (l. 34. §. 1. D. de donatt. 39. 5.) ist diese Stelle etwas verändert, besonders weil es dort nicht mehr heißt „in infinitum donare non prohibemur“, sondern „haec donatio irrevocabilis est.“ Vgl. l. 19. §. 1. l. 27. D. de donatt. 39. 5.

35) L. 23. pr. D. de donatt. 39. 5. „Modestinus respondit, creditorem futuri temporis usuras et remittere et minuere pacto posse: nec in ea donatione ex summa quantitatis aliquid vitii incurrere.“ Es wird hier durch die Schenkung eigentlich nur bewirkt, daß das Darlehn ein unentgeltliches ist, und solche Darlehen wollte das Cincische Gesetz keineswegs hindern.